

KONSEKVENSER AV ET LOVFESTET VERN MOT OMGÅELSE AV TEKNISKE BESKYTTELSESSYSTEMER

Kandidatnummer: 611

Leveringsfrist: 25. april 2008

Til sammen 14 533 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstillinger.	3
1.2	Om begrepsbruk.	3
<u>2</u>	<u>DE FAKTISKE FORHOLD.</u>	<u>5</u>
2.1	Fildelingsproblemet, en kort historikk.	5
2.2	Om tekniske beskyttelsessystemer.	7
<u>3</u>	<u>DE JURIDISKE FORHOLD.</u>	<u>10</u>
3.1	Generelt om opphavsretten.	10
3.1.1	Opphavsrettens plassering og gjenstand	10
3.1.2	Begrunnelser for opphavsretten.	15
3.2	DRM-teknologiens plassering i opphavsrettslig tenkning.	16
3.3	Åndsverkloven § 53a.	19
3.3.1	Bestemmelsens bakgrunn.	19
3.4	Bestemmelsens innhold.	21
3.4.1	Omgåelsesforbudet.	21
3.4.2	Forbud mot visse typer befatning med omgåelsesverktøy.	23
3.4.3	Unntaket for ”relevant avspillingsutstyr”.	23
3.4.4	Andre unntak.	25
<u>4</u>	<u>PROBLEMATISERINGER.</u>	<u>27</u>
4.1	Beskyttelsessystemer og opphavsrettens formål.	27

4.2	Eksemplarframstilling og allmennpreventive virkninger.	28
4.3	Kravet om at systemet må være ”effektivt”.	30
4.4	Rettsvern av DRM og opphavsrettsbalansen.	34
4.5	Innholdet av § 53a og Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.	37
4.6	DRM-teknologi berører andre retts- og samfunnsområder enn opphavsretten.	39
4.6.1	DRM-teknologi og forbrukere.	40
4.6.2	DRM-teknologi og konkurranse.	43
4.6.3	DRM-teknologi og forskning.	46
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING.</u>	<u>49</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE.</u>	<u>A</u>
6.1	Litteratur.	A
6.2	Artikler.	A
6.3	Nettdokumenter.	A
6.4	Norske lover.	B
6.5	Utenlandske lover.	C
6.6	Traktater	C
6.7	EU-Direktiver	C
6.8	Dommer	C
6.9	Utenlandske dommer	C
6.10	Forarbeider	C

1 Innledning.

Copyright law attempts to ease a fundamental tension inherent in the act of publication: how authors can control their work after handing it to the public. How do you give someone a valuable resource and then prevent them from exploiting it?

-Tarleton Gillespie,
"Wired shut", 2007

I 2005 fikk åndsverkloven en rekke endringer og tillegg som skulle bringe norsk lovgivning i samsvar med EUs opphavsrettsdirektiv. I forkant av disse endringenes ikrafttredelse kom det i gang en aktiv offentlig debatt, i stor grad rettet mot forslaget til bestemmelsen som skulle verne mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer, (implementert i loven som § 53a.) I populærmedia ble fokuset for denne debatten innsnevret en del, til å i stor grad dreie som om musikk CD-er og det såkalte MP3-formatet, og tilhørende praktiske problemer. Selv om den samfunnsmessige debatten har stilnet hen etter endringene trådte i kraft, har de både før og siden blitt drøftet i en videre sammenheng i juridiske kretser, herunder både fra et opphavsrettslig- og EØS-rettslig perspektiv.

Under følger en betenkning om betydningen av et lovfestet vern mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer i et slikt videre omfang. Avhandling vil hovedsakelig holde en opphavsrettslig vinkling, men også andre rettsområder vil trekkes inn der det synes hensiktsmessig (herunder den overnevnte EØS-rettslige problematiseringen.) avhandlingen vil hovedsakelig være forankret i omgåelsesforbudet slik det er formulert i § 53a, men vil til tider også problematisere rettsvern av tekniske beskyttelsessystemer på et mer generelt plan.

For å bygge opp helhetlige resonnementer er det også nødvendig å først plassere tekniske beskyttelsessystemer og § 53a i en større sammenheng, og det vil derfor bli brukt noe tid på korte fremstillinger av den historiske utviklingen som førte til at tekniske beskyttelsessystemer blir tatt i bruk, hvordan et teknisk beskyttelsessystem typisk fungerer, generell opphavsrett og innholdet i § 53a.

Kjernen i avhandlingen er, som det fremgår av tittelen, behandlingen av ulike potensielle konsekvenser av omgåelsesforbudet. Siden denne lovgivningen ennå er relativt ny, og det er lite rettspraksis å forholde seg til, vil drøftelsene i stor grad være en teoretisk øvelse. Her rettes fokus mot den praktisk betydningen av § 53a, og siden mot de retstekniske implikasjonene av bestemmelsens utforming, herunder i hvilken grad den norske bestemmelsen er forenlig med Norges EØS-rettslige forpliktelser og i hvilken grad omgåelsesforbudet er harmonisert med den øvrige opphavsrettslige lovgivningen. Det vil også drøftes om et slikt omgåelsesvern kan ha betydning i forskning og i forbruker- og konkurranseforhold.

Til slutt følger et avsluttende avsnitt, med en vurdering av betydningen av de potensielle problemene som er blitt tatt opp i løpet av avhandlingen. Her vil det også gjøres noen tanker om hvilken utvikling som vil skje på dette området i fremtiden.

Utviklingen av tekniske beskyttelsessystemer henger sammen med utbredelsen av fildeling, og sistnevnte vil være et tilbakevendende tema i det følgende. Begge er temaer som fordrer sterke meninger (som den samfunnsmessige debatten i forkant av endringene er et eksempel på) og det vil i denne avhandlingen bli forsøkt å opprettholde en noenlunde objektiv vinkling. To standpunkter er det imidlertid nødvendig å ta, som et resultat av avhandlingens juridiske natur: For det første er det ønskelig at opphavsmenn kan gjøre tiltak for å sikre sine lovfestede rettigheter.¹ For det andre legges det til grunn at

¹ Mer om dette, og resonnementet bak en slik påstand under 3.2.

tilgjengeliggjøring av åndsverk over tilstrekkelig store fildelingsnettverk utgjør en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Dette er en handling som etter loven (§ 2) er opphavsmannens enerett, og når slik tilgjengeliggjøring over fildelingsnettverk i dag i stor grad skjer uten opphavsmannens samtykke, forutsettes det å være et opphavsrettslig problem av vidt omfang.

1.1 Problemstillinger.

Ytterligere to premisser vil legges til grunn for drøftelsene videre: For det første legges det til grunn at hovedformålet med tekniske beskyttelsessystemer er å sikre opphavsmenns lovfestede rettigheter. For det andre legges det til grunn at slike beskyttelsessystemer er sårbare mot omgåelse. Av disse premissene kan man trekke to konklusjoner; enten at tekniske beskyttelsessystemer er et opphavsrettslig blindspor, eller at det er nødvendig å kompensere for systemenes svakheter fra andre hold. I fall det siste alternativet legges til grunn, reiser det et spørsmål om lovgivning kan og bør være en slik kompenserende faktor. For å svare på dette, er det nødvendig å se på hva virkningene av slik lovgivning kan være.

En slik ren teoretisk vinkling er imidlertid ikke tilstrekkelig. I Norge har lovgiver besvart spørsmålet over bekreftende, et standpunkt som har resultert i, blant annet, åndsverksloven § 53a. Drøftelsen må derfor også ta i betraktning de konkrete rammer denne bestemmelsen setter, og hva som er virkningene av den konkrete løsningen Norge har valgt. Siden § 53a har bakgrunn ikke bare i opphavsrettslige resonnementer, men også Norges internasjonale forpliktelser har den også retts tekniske implikasjoner.

1.2 Om begrepsbruk.

Når det i det følgende tales om ”opphavsmenn” vil det først og fremst vise til originære opphavsmenn. I de tilfeller det refereres til noen som har fått rettigheter overdratt til seg, eller til en hypotetisk størrelse som kan tenkes å inneholde både originære opphavsmenn og andre som har fått rettighetene på en annen måte brukes ”rettighetshaver”. Variasjoner og avvik vil fremgå av den språklige sammenhengen. Med ”opphavsrett” menes til tider de

spesifikke rettigheter som tillegges en opphavsmann, til tider læren om disse rettighetene om relevante forhold. Betydningen av ordet fremkommer også her av den språklig sammenhengen. Den andre parten, de som opplever eller mottar åndsverket, vil normalt omtales som ”publikum”, men variasjoner kan forekomme der det faller seg språklig naturlig. ”Tekniske beskyttelsessystemer” og ”DRM-systemer” er ikke nødvendigvis 100 % sammenfallende størrelser, men da det per i dag er lite aktuelt å tenke seg et teknisk beskyttelsessystem som ikke er et ”DRM-system” blir de i det følgende å betrakte som synonymmer.² Med ”DRM-teknologi” menes DRM-systemer som et videre helhetlig fenomen, og med ”DRM-implementering” menes praktisk anvendelse av DRM-teknologi som forekomsten av et spesifikt DRM-system. Øvrig begrepsbruk vil, om det er hensiktsmessig, bli redegjort for fortløpende der den forekommer. Det vil i det følgende også ofte refereres til MP3³-formatet. MP3 er imidlertid bare et av mange populære formater for komprimering og lagring av lyd, og konkurrerer med blant annet Ogg Vorbis, AAC⁴ og WMA⁵. De fleste bærbare digitale musikkspillere støtter flere forskjellige formater, men for enkelhets skyld vil MP3 bli brukt som et generelt eksempel på komprimert digitalt lagret lyd.

² Under enhver omstendighet bygger denne avhandlingen på den forutsetning at det tekniske beskyttelsessystemet forekommer som en DRM-implementering.

³ MPEG-1, Audio Layer 3.

⁴ Advanced Audio Coding. AAC brukes av nettbutikken iTunes – se 4.6.1.

⁵ Windows Media Audio.

2 De faktiske forhold.

2.1 Fildelingsproblemet, en kort historikk.

Det er utviklingen av data- og informasjonsteknologi og den eksplosivt utbredte bruken av Internett som på samme tid har skapt behovet og grunnlaget for tekniske beskyttelsessystemer. Tidligere ble underholdningsprodukter spredt i form av analoge formater, som for eksempel grammofonplater og videokassetter. Disse formatene var relativt upraktiske og ofte tidkrevende å fremstille kopier av, og slike kopier ville tape kvalitet for hver ”generasjon” (en kopi av en kopi, for eksempel, ville ha dårligere lyd- og/eller bildekvalitet enn en kopi gjort direkte av originalen.)⁶ Dette gjorde privatkopiering lite attraktivt, både fordi det krevde tid og innsats å fremstille kopien, og fordi et kommersielt fremstilt eksemplar ofte ville være av overlegen kvalitet.⁷

Det var først med utbredelsen av magnetbåndkassetter at privat kopifremstilling av lyd- og bildeprodukter kom i rampelyset. Til tross for ulempene beskrevet i forrige avsnitt ble etter hvert fremstilling og sirkulasjon av private kopier så utbredt at det bekymret musikk- og filmbransjen,⁸ som lanserte holdningskampanjer som den såkalte ”Home taping is killing music”-kampanjen.⁹ Det fantes imidlertid få midler for å få bukt med dette problemet. Et av kassetformatenes mest fremtredende kjennetegn var nettopp det at de, for sin tid, gjorde eksemplarframstilling relativt enkelt, og fordi sirkulasjon av kopier skjedde i det skjulte mellom venner var det også vanskelig å gå veien om rettssystemet.

⁶ Lee (2006), side 7.

⁷ Ibid, side 23.

⁸ Hirose (2001), side 70.

⁹ McLeod (2005), side 521.

Da kompaktplaten (heretter ”CD”), det første virkelig utbredte digitale formatet for lydopptak,¹⁰ kom på markedet på begynnelsen av 80-tallet ble den fort populær både blant forbrukere og produsenter. For forbrukeren tilbød den bedre lydkvalitet enn kassetter, var mer håndterlig enn grammofonplater, og mer slitesterk enn begge. For platebransjen var CD-en også en løsning på kopieringsproblematikken, da det digitale formatet på den tiden ikke kunne fremstilles med utstyr som var vanlig i private hjem.

På grunn av sin digitale natur og store lagringskapasitet var CD-en imidlertid også et utmerket lagringsformat for datamaskiner. Etter hvert som programvare krevde større lagringskapasitet ble hjemmedatamaskiner raskt utstyrt til å lese, og etter hvert også skriver, data til og fra CD-er. Datamaskinene ble også utover 90-tallet stadig mer multimedieorienterte og ble stadig bedre tilpasset til å spille av lyd og bevegelige bilder. Et resultat av dette ble MP3-formatet – en filtype som inneholdt lyd, kunne lagres på datamaskinen og tok opp et minimum av lagringskapasitet samtidig som lyden kunne avspilles med relativt høy kvalitet. Fordi lydinformasjonen på CD-er allerede var lagret digitalt var det en smal sak å skrive programvare som kunne lese denne informasjonen, og konvertere den til MP3-format uten nevneverdig tap av kvalitet.¹¹ Den resulterende MP3-filen kunne så kopieres et ubegrenset antall ganger uten kvalitetstap overhodet. Denne utviklingen fant sted parallelt med økning i privat bruk av Internett, og MP3-formatet ble fort en populær måte å dele musikk over nettet på, da de små enkeltfilene gikk raskt å overføre.¹² Da programvare, nettverk og nettsted dukket opp med eneste formål å dele musikk over Internett, ble mulig å i løpet av minutter å fremstille en nær perfekt kopi av innholdet på en CD-plate, og gjøre den tilgjengelig for tusenvis av mennesker over hele verden, og platebransjen hadde i vesentlig grad mistet kontroll over eksemplarframstilling av deres opphavsrettsbeskyttede materiale.

¹⁰ I form av den såkalte Red Book-standarden.

¹¹ McLeod (2001), side 526.

¹² Gillespie (2007), side 40 flg.

En lignende utvikling skjedde for filmindustrien, som hadde prøvd ut flere digitale formater før den fant den store suksessen med DVD-platene på slutten av 90-tallet. Tilsvarende MP3-formatet for musikk, kan film lagres med relativt liten kapasitetsbruk og en god lyd- og bildekvalitet i det såkalte DivX-formatet. Film er imidlertid mer kapasitetskreven enn ren lyd fordi film typisk består av både lyd- og bildeinformasjon, og deling av film over Internett ble derfor først populært med bredbånd og raskere Internettforbindelser som kunne overføre de store filene raskt nok.

Musikk- og filmbransjen har flere ganger forsøkt å gå rettens vei for å få stengt eller oppløst populære fildelingsnettverk, og har i mange tilfeller lyktes, men historien har vist at det kun vil være et spørsmål om tid før en ny populær løsning dukker opp.¹³ En alternativ strategi har vært å hindre eksemplarframstillingen i utgangspunktet. Siden kopiering av digitale medieformater nødvendigvis må skje gjennom programvare, har det derfor vært en vanlig teknikk å legge inn beskyttende programvare på lyd- eller videoplaten som skjuler eller forandrer informasjon for å gjøre den ulesbar for kopieringsprogramvaren.¹⁴ På den måten blir datamaskinen satt ute av stand til å kopiere innholdet. Heller ikke dette har vist seg å være en effektiv løsning for å få bukt med ulovlig fildeling, siden databrukere stadig utvikler programvare som omgår det nyeste innen beskyttelsessystemer.

2.2 Om tekniske beskyttelsessystemer.

Selv om det kan argumenteres for begrepene ”teknisk beskyttelsessystem” og ”digitalt rettighetsadministrativt system” (heretter ”DRM”¹⁵) ikke er fullstendig sammenfallende, vil nok ikke en rent folkelig forståelse skjelve mellom dem. I det følgende er det DRM-systemene som vil være i fokus, da de mest aktuelle tekniske beskyttelsessystemene er

¹³ Gillespie (2007) s. 42 flg., side 47 flg.

¹⁴ Se 2.2.

¹⁵ Av engelske ”digital rights management”.

DRM-systemer.¹⁶ DRM-teknologi lar seg anvende på alle typer åndsverk det fremstilles eksemplarer av i digitalt format, for eksempel alle former for filer på datamaskin,¹⁷ CD-er, DVD-er, Blu-ray og teoretisk sett alle lignende typer optiske disk. Moderne DRM-systemer krypterer den digitale informasjonen lagret i slike formater gjennom å sende den gjennom matematiske algoritmer,¹⁸ og resulterer i at informasjonen fremstår som meningsløs. Avlesning av denne krypterte informasjonen blir igjen muliggjort ved at avleseren (som kan være frittstående programvare for bruk på en datamaskin, eller en fysisk innretning, som en DVD-spiller) utstyres med en krypteringsnøkkel som reverserer algoritmene. Én DRM-implementering kan også inneholde flere krypteringer med flere nøkler som gir rettighetshaveren muligheten til å sette forskjellige betingelser for forskjellige situasjoner.¹⁹ De som ønsker å produsere slike avlesere må dermed få krypteringsnøkkelen etter avtale med rettighetshaverne, som typisk ikke vil tillate at krypteringsnøkkelen brukes i programvare eller innretninger som kan fremstille kopier. Gjennom slike avtaler kan rettighetshaverne pålegge produsentene av avspillingsutstyr og -programvare hva produktene deres skal ha av funksjoner, eller at produktene skal kunne motta instruksjoner fra åndsverkseksemplet om at visse funksjoner skal sperres.²⁰ På denne måten kan beskyttelsessystemer utstyres med ytterligere begrensninger, for eksempel i antallet ganger åndsverket kan spilles av, begrensinger i hvilke avspillere eller programvare som kan spille av åndsverket, eller til og med at avspilling låses til en individuell fysisk spiller. Mer praktisk har for eksempel selskapet Apple brukt DRM-teknologi til å låse lydfiler kjøpt fra deres Internettjeneste til å kun kunne spilles av på deres egenproduserte musikkspillere (den såkalte iPod), mens plateselskapene EMI og Sony BMG Music Entertainment en stund produserte CD-plater med det såkalte Copy Control-systemet, som forhindret kopiering og ”ripping”.

¹⁶ Spesifikke systemer vil omtales mer detaljert der de er brukt som eksempler. Se for eksempel 4.3 og 4.6.1.

¹⁷ Filer i seg selv er ikke et format, men måten informasjonen i filen er kodet på er det, eksempelvis MP3 (lyd), DivX (video) eller PDF (tekst).

¹⁸ Gillespie (2007), side 51.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid, side 52.

DRM-systemer har imidlertid også sine begrensninger. De kan ikke forhindre eksemplarframstilling gjennom analoge opptak – det såkalte analoge hullet.²¹ For eksempel er det en relativt lettvinnt affære å ta opp en film fra DVD til VHS eller en CD til kassett, da selvsagt med et stort tap i lyd- og billedkvalitet. Man kan også framstille eksemplarer uten nevneverdig kvalitetstap ved å bruke en lignende metode på en datamaskin: programvare kan lese og lagre lyd- eller billedinformasjon som sendes til datamaskinen fra en avspiller med krypteringsnøkkelen. DRM-systemet vil i dette tilfellet være effektivt, fordi programvaren framstiller kopien fra den dekrypterte informasjonen den mottar fra avleseren. Kopieringshastigheten vil imidlertid være begrenset av avleserens avspillingshastighet, i motsetning til tilfeller hvor kopieringsprogramvaren kan lese informasjonen direkte av fra mediet som skal kopieres.²² Disse metodene er i begge tilfeller tidkrevende, og for sistnevnte kreves også noe datakyndighet. Når et fullstendig eksemplar først er framstilt vil det imidlertid igjen være raskt og enkelt å framstille ytterligere eksemplarer gjennom vanlige metoder. Utnyttelse av det analoge hullet er lite attraktivt for andre enn spesielt interesserte, og de reduserer således i liten grad DRM-teknologiens effektivitet.

Det finnes også flere store internasjonale miljøer av såkalte ”hackere”, som internt legger stor prestisje i å finne metoder for å omgå eller fjerne DRM-systemer, eller på andre måter å sette dem ut av spill. Hackerne implementerer disse metodene i programvare, først og fremst til eget bruk, men ofte tilgjengeliggjøres også mer brukervennlige varianter av denne programvaren over Internett.²³ Ved hjelp av slike programmer kan man raskt og enkelt omgå DRM-systemer med kun et minimum av datakunnskaper.

²¹ Bangeman (2005)

²² Altså under forutsetning at kopieringsprogramvaren er utstyrt med krypteringsnøkkelen, eller at informasjonen ikke er kryptert i utgangspunktet.

²³ Lee (2006), side 8.

3 De juridiske forhold.

3.1 Generelt om opphavsretten.

3.1.1 Opphavsrettens plassering og gjenstand

Opphavsretten er en del av immaterialretten.²⁴ Denne utgjør, som det fremgår av navnet, læren om rettigheter i immaterielle goder. Slike goder består av, på den ene siden, verker frembrakt gjennom skapende kunstneriske eller intellektuell innsats – som blant annet omfatter åndsverkene – og på den andre siden individualiseringsmidler – som omfatter kjennetegn i for eksempel firmanavn og varemerker.^{25 26} Opphavsretten henger sammen med den første gruppen.

Ordet ”opphavsrett” kan vise til den spesifikt utformede enerett som tilfaller den som fremstiller et åndsverk, eller det kan vise til læren om forholdene rundt denne rettigheten (herunder blant annet stiftelse, innhold, begrensninger og overdragelse). Stiftelse av enerett til utnyttelse av åndsverk fremgår av åndsverkloven²⁷ § 1 jf § 2. Opphavsrett kan også tilegnes gjennom overdragelse (§ 39). Det fremgår ikke eksplisitt av lovteksten, men den som innehar opphavsretten får status som opphavsmann.²⁸

3.1.1.1 Opphavsmannens rettigheter.

Den rettsstiftende handlingen for opphavsrett er fremstillingen av et åndsverk, som fremgår av § 1. Opphavsrett stiftes i samme øyeblikk med ferdigstillelsen av verket den retter seg

²⁴ Wagle (1997), side 34.

²⁵ Ibid.

²⁶ Knoph (2004), side 468.

²⁷ Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.

²⁸ Wagle (1997), side 36.

mot, og oppstår spontant, uten krav om registrering eller lignende.²⁹ Innholdet av opphavsretten fremgår av §§ 2 og 3. Etter § 2 skal ikke verket tilgjengeliggjøres for allmennheten, eller fremstilles eksemplarer av, uten enn av opphavsmannen selv, eller den han har gitt samtykke til å gjøre dette. Det er disse rettighetene som kan overdras etter § 39. § 3 gir også den opprinnelige opphavsmannen visse rettigheter som han ikke kan overdra eller frasi seg. Etter første ledd har han rett til å bli navngitt som sådan ”slik som god skikk tilsier”. Etter andre ledd må fremtidige rettighetshavere heller ikke endre verket på en måte som er krenkende for den opprinnelige opphavsmannen eller verket selv. Om dette likevel skulle forekomme, har opphavsmannen etter fjerde ledd krav på at hans navn ikke knyttes til det endrede verket, eller at det eksplisitt redegjøres for at han har tatt del i eller motsatt seg endringene. Rettighetene som følger av § 2 omtales gjerne som økonomiske rettigheter, mens de som følger av § 3 omtales som ideelle rettigheter.³⁰ Denne begrepsbruken vil også bli lagt til grunn fra nå av.

3.1.1.2 Begrensninger i opphavsmannens rettigheter.

Først og fremst er opphavsmannens økonomiske rettigheter tidsbegrensede, som det fremgår av bestemmelsene i åndsverklovens fjerde kapittel. Hovedregelen finnes i § 40 – verket er vernet ut opphavsmannens dødsår pluss 70 år. For verk som er skapt av flere opphavsmenn i fellesskap regnes 70-årsperioden fra det tidspunktet lengstlevende opphavsmann går bort. Kapitlets øvrige bestemmelser regulerer tilfeller hvor verket er offentliggjort av ukjent opphavsmann (§ 40) eller hvor det er offentliggjort av andre enn opphavsmannen etter vernetiden etter de to andre bestemmelsene ville løpt ut (§ 41a).

I lovens andre kapittel finnes regler som gir publikum adgang til utnyttelse av verket som ellers ville falt inn under opphavsmannens økonomiske rettigheter. For denne avhandlingens tema er, som de senere drøftelser vil vise, § 12 om privat eksemplarframstilling særlig interessant. Etter denne bestemmelsen står publikum fritt til å

²⁹ Bernkonvensjonen art. 5 (2).

³⁰ Wagle (1997), side 148.

fremstille egne eksemplarer av verket til privat bruk. Slik privat bruk er ikke begrenset til fremstilleren personlig, men kan også skje til gunst for hans nærmeste.³¹ Grensen mot opphavsmannens enerett overskrides hvis slik eksemplarframstilling tilgjengeliggjør verket for personer som er fremstilleren fremmede.³² For eksempel kan ikke musikeren motsette seg at noen som har kjøpt platen hans konverterer den til MP3-format for å lagre den på sin datamaskin som en ren beleilighet, men hans rett blir krenket hvis dette eksemplaret av platen i MP3-format blir fremstilt for å legges ut på en allment tilgjengelig fildelingstjeneste på Internett. Etter siste ledd er det en forutsetning at den gjengivelsen av verket framstillingen skjer fra heller ikke må ha vært en krenkelse av opphavsmannens rettigheter – framstillinger på grunnlag av et krenkende eksemplar arver altså de krenkende egenskapene. Med endringen av 2005 er det også et krav at gjengivelsen det fremstilles fra ikke har vært gjenstand for eller er et resultat av ulovlig omgåelse av et teknisk beskyttelsessystem.

Videre følger bestemmelser som åpner for bruk av verket i en rekke samfunnsnyttige tilfeller. Sammen med § 12 utgjør disse de såkalte lånereglene, og tilsvarer grovt det angloamerikanske "fair use". Noen påfallende eksempler er bruk i undervisning og utdanning (§§ 13 – 13b), eksemplarframstilling for biblioteker, museer og lignende institusjoner (§ 16), og sitatretten (§ 22). For at opphavsmannen i minst mulig grad skal rammes av disse begrensningene har han i noen tilfeller krav på vederlag (for eksempel i § 13a), og innbetalingen av disse kan effektiviseres gjennom avtalelisenser med hjemmel i §§ 35 -38. For at den som ønsker å benytte seg av låne regler hvor opphavsmannen har krav på slikt vederlag skal kunne slippe å oppsøke den enkelte opphavsmann, har åndsverksprodusenter formet sammenslutninger som forvalter rettighetene til verkene, og innkrever vederlagene. I Norge har vi for eksempel TONO for fremføringsrettighetene til musikkverk og Kopinor for reprografi av trykte verk.

³¹ Knoph (2004), side 487.

³² Ibid.

3.1.1.3 Hva er åndsverk?

Som en overordnet definisjon kan det sies at åndsverk er det som er gjenstand for opphavsrettslig vern. Hva som mer spesifikt ligger i begrepet ”åndsverk” fremgår av bestemmelsen i åndsverkloven § 1 annet ledd. I tillegg til å sette spesifikke grunnvilkår, lister bestemmelsen opp flere typiske eksempler på åndsverk, men denne listen kan ikke tolkes uttømmende.³³ Som nettopp fildeling over Internett og utviklingen av DRM-systemene er et strålende eksempel på, kan den teknologiske utviklingen føre til opphavsrettslig problematikk lovgiver ikke kunne ha forutsett – da også helt nye former for åndsverk. Da England fikk sin første lov om forfatteres enerett til trykking av sine verk i 1709³⁴ kunne man knapt ha forutsett utviklingen i informasjonsteknologi vi har kommet til i vår tid, men dataprogrammer kan i dag være åndsverk på lik linje med litteratur, og nevnes som sådan eksplisitt som et eksempel i åndsverkloven § 1.

Omstendighetene rundt verkets tilblivelse er derfor mer interessante enn hvilken type verk en står ovenfor. For det første forutsettes det at verket må ha blitt til gjennom en skapende innsats (jf. lovens ordlyd: ”Den som skaper et åndsverk [...]”). Det forutsettes også at denne skapende innsatsen er gjennomført av et menneske. Naturlige eller andre tilfeldig forekommende fenomener (som for eksempel gjenstander som er blitt til gjennom dyrs handlinger) kan ikke få opphavsrettslig vern.³⁵ Videre må verket være av en viss karakter. Loven uttrykker det slik at det må være litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk. En alminnelig språklig forståelse av lovens ordvalg må imidlertid ikke være avgjørende, da domstolene har vært tilbakeholdne med å tillegge denne vekt.³⁶ Uansett er det lite praktisk, per i dag, å tenke seg et verk som ikke ville falle inn under minst en av disse kategoriene – dataprogrammer for eksempel, ansees juridisk å være litterære verk.³⁷

³³ Wagle (1997), side 105.

³⁴ Knoph (1936), side 22.

³⁵ Wagle (1997), side 104.

³⁶ Ibid, side 104 – 105.

³⁷ Ibid, side 105.

Mer aktuelt er det å spørre om verkets tilblivelse er et resultat av en personlig kreativ innsats – det såkalte verkshøydekravet.³⁸ Det er ingen strengere krav til denne innsatsens natur, at den har funnet sted på et minimalt plan er nok.³⁹ Dette er en vurdering av om den potensielle opphavsmannen har gjort verket til noe mer enn de underliggende ideene det springer ut av, og henger sammen med et ytterligere krav til åndsverket; at det må bestå i en konkret utforming.⁴⁰ Det ligger i dette ikke noe krav om at verket må ha resultert i en materiell gjenstand (for eksempel får improviserte muntlige eller musikalske fremføringer opphavsrettslig beskyttelse),⁴¹ men det må ha forekommet i en form som kan eksistere uavhengig av opphavsmannens person.⁴² Dette er ikke begrenset av at den spesifikke utformingen kom til uttrykk gjennom opphavsmannens person – en muntlig fremføring eller en dans vil fortsatt være løsrevet fra denne.

For denne avhandlingens område er det musikk og andre arbeider som kan uttrykkes gjennom lydopptak, samt film som er de mest aktuelle formene for åndsverk, dette fordi det er disse verkene som vanligvis utstyres med tekniske beskyttelsessystemer. Bruk av slike systemer er på samme tid mulig- og nødvendiggjort av at eksemplarer av disse i dag i stor grad fremstilles og distribueres i digitalt format. Også dataprogrammer er typiske kandidater for beskyttelsessystemer, og det er fra disse at DRM-teknologien har sitt opphav. Tekniske beskyttelsessystemer for dataprogrammer er imidlertid eksplisitt unntatt fra omgåelsesforbudet i åndsverkloven § 53a, og har et eget omgåelsesforbud i § 53c som ikke blir behandlet i denne avhandlingen.

³⁸ Ibid, side 110 – 111.

³⁹ Knoph (2004), side 473.

⁴⁰ Wagle (1997), side 111.

⁴¹ Knoph (2004), side 474.

⁴² Wagle (1997), side 109.

3.1.2 Begrunnelser for opphavsretten.

3.1.2.1 Økonomiske incentiver.

Tradisjonelt har opphavsrettens mål vært å fremme økt åndsverksproduksjon.⁴³ Det er antatt at muligheten til å disponere verket på en økonomisk gunstig måte vil føre til at flere ønsker å skape, enn om man skulle bygge på andre ikke-økonomiske motivasjoner.⁴⁴ Derfor er også lovgivningen utformet slik at de økonomiske rettighetene står sentralt. At det å inneha opphavsretten til et verk kan være en gunstig økonomisk posisjon er tydelig – i praksis vil det si at man har et lovbeskyttet monopol på verket.⁴⁵ God økonomisk utnyttelse av et verk kan dessuten også føre til at opphavsmannen kan investere midler i fremtidig åndsverksproduksjon.

Slik lovverket er utformet bidrar det dessuten til å effektivisere økonomien rundt åndsverk, ved at byrden for opphavsmannens vederlag fordeles mellom alle som benytter seg av verket.⁴⁶ Det at han kan forvente seg å få et mindre vederlag for hver gang verket utnyttes skaper en forutsigelighet for opphavsmannen, og gjør derfor satsning på åndsverk mindre risikofylt. I det motsatte tilfellet måtte opphavsmannen ha søkt å få dekket sine produksjonsomkostninger og forsørgelsesbehov i én stor utbetaling ved den første utnyttelsen av verket,⁴⁷ en kostnad det ikke er sikkert publikum ville hatt vilje eller evne til å bære.

3.1.2.2 Opphavsrettsbalansen.

Økonomi som en drivkraft for åndsverksproduksjonen har i tradisjonell europeisk opphavsrettstenkning vært begrunnet i hensynet til opphavsmannen;⁴⁸ opphavsmannen har

⁴³ Ibid, side 43.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Gillespie (2007), side 27 og 28.

⁴⁶ Wagle (1997), side 45.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Rieber-Mohn (2006)a, side 2.

arbeidet for å skape verket, og da fortjener han også å få høste godene av dette. Opphavsmannens interesser var sentrale for franske og tyske naturrettslenkere på 1700-tallet, under den tanke at opphavsmannen hadde en ordinær eiendomsrett til sine immaterielle produkter.⁴⁹ Utover 1800-tallet ble imidlertid opphavsretten kritisert av liberalistiske tenkere, og for å rettferdiggjøre instituttet ble det fra da av også vektlagt at det gagnar samfunnet å ha en vid og åpen tilgang på åndsverk⁵⁰ – en tanke som tradisjonelt har vært begrunnelsen for den amerikanske opphavsrettslenkningen.⁵¹ Også i amerikansk tenkning er opphavsmannens rettigheter viktige, men bare så langt de gagnar samfunnets interesse i et åndsverktilbud. Det er her ikke et spørsmål om hva man synes opphavsmannen fortjener, men hva som gir ham en motivasjon for å bidra til samfunnet.

Moderne opphavsrett er begrunnet i en kombinasjon av tankene beskrevet over:⁵² Opphavsmannens rettigheter er begrunnet i opphavsmannens interesser og et ønske om å gi ham lønn for strevet. Begrensningene i hans rettigheter er begrunnet i samfunnets interesser. En utbredt og mangfoldig åndsverksproduksjon driver samfunnet fremover fordi den er grobunnen for kunnskap og kultur, men det forutsetter at samfunnet har tilgang til åndsverkene – derav opphavsrettsbalansen: Opphavsmannen må gi opp noe av kontrollen over sitt verk av hensyn til samfunnet, og moderne åndsverkslovgivning er et resultat av en avveining mellom disse to aktørenes interesser.

3.2 DRM-teknologiens plassering i opphavsrettslig tenkning.

Gjennom historien har alle lover, så også åndsverkslovgivningen, hatt ett felles svakhetstrekk: De er nådegitt individets vilje til å rette seg etter dem. Det er imidlertid mange incentiver til å rette seg etter loven: Hos mange ser det ut til å være en grunnleggende oppfatning at lovlydighet er en etisk verdi i seg selv, eller kanskje et

⁴⁹ Knoph (1936), side 23.

⁵⁰ Ibid, side 27 flg.

⁵¹ Rieber-Mohn (2006)a, side 3.

⁵² Knoph (1936), side 46.

kantiansk resonnement om at vårt ønske om å ta del i det forutsigelige og ordensfylte samfunnet loven har til hensikt å skape, forplikter oss til å følge den. Andre frykter kanskje lovens sanksjoner, eller lar seg friste der lovlydighet gir utsikt til belønning. I atter ytterlige tilfeller vil lovens innhold i seg selv sammenfalle med vår rettferdighetsoppfatning.

Lovgivningen på immaterialrettens område har her en særegen ulempe i at immaterielle goder er vanskeligere å avgrense enn fysiske eiendeler. Man kan låse en fysisk eiendel inne, og slik beskytte den mot rettstridige angrep, men om man har fremfører et dikt man har skrevet kan man ikke hindre publikum i å ta det med seg i hukommelsen. Det bør være en rimelig antagelse at opphavsretten er forenlig med en alminnelig rettferdighetsoppfatning – det er rimelig at den som har gjort en innsats, i dette tilfellet ved å skape et åndsverk, også får høste goder av denne.

Tradisjonelt har opphavsretten også en fordel: I praksis har det krevd en viss innsats å forbryte seg mot den, der slik forbrytelse knytter seg til fysiske eksemplarer. Urettmessig eksemplarframstilling og spredning av en bok, for eksempel, ville skapt utgifter i form av materialomkostninger (papir og trykksverte), krevd både tid og arbeidsinnsats for selve fremstillingsprosessen, og tilgang til samt kunnskap om operasjonen av egnet fremstillingsutstyr. Den teknologiske utviklingen de siste par tiårene har imidlertid forandret dette drastisk. Gjennom sin evne til å gjengi både tekst, lyd samt bevegelige og ubevegelige bilder har datamaskiner blitt et populært verktøy til utnyttelse av åndsverk hvor eksemplarer tidligere typisk kom som en fysisk gjenstand.⁵³ Samtidig har Internett gjort det enkelt og raskt å overføre et eksemplar av et åndsverk fra en datamaskin til en annen, uavhengig av geografisk plassering. Informasjonsteknologien har muliggjort å fremstille og spre et ubegrenset antall eksemplarer ved bokstavelig talt kun å løfte en finger. Rent praktiske ulemper som et incentiv til ikke å krenke opphavsmannens enerett har derfor, i tilfeller med typer åndsverk som lar seg utnytte på en datamaskin, blitt vesentlig svekket.⁵⁴

⁵³ For eksempel bøker, CD-er og DVD-er.

⁵⁴ Lee (2006), side 7.

DRM-teknologi representerer enn fornying av disse praktiske hindringene.⁵⁵ Den går imidlertid et skritt lenger. Der slike praktiske hindringer tidligere var en direkte konsekvens av åndsverkets og fremstillingsteknologiens natur, er DRM-teknologien spesifikt utformet for å ivareta opphavsmannens rettigheter – derav også navnet. I og for seg representerer åndsverkslovens § 2 og DRM-teknologien henholdsvis en juridisk og en teknologisk løsning på den samme utfordringen – å sikre opphavsmannen en enerett til verket.

Inntil vi fikk lovgivning som rettet seg mot den, ville det kanskje fra et rent generelt og grunnleggende juridisk ståsted synes som bruk av DRM-teknologi var betenkelig. Det er jo et tiltak fra opphavsmannen for å gjennomtvinge sine lovfestede rettigheter – slik han forstår dem. Tolkning og gjennomtvinging av loven tilligger egentlig statsmaktene. At opphavsmannen skulle kunne utstyre sitt verk med slik beskyttelse, burde imidlertid synes ganske rimelig fra en alminnelig rettferdighetsfølelse – man kan jo ellers sikre sin materielle eiendom mot urettmessige angrep, for eksempel ved å låse inn løsøre og gjenstander, eller utstyre en bygning med låser og innbruddsalarmer, så da er det også rimelig at man skal kunne beskytte sine immaterielle goder på samme måte. For øvrig er ikke intensjonelle praktiske begrensninger på tilgang til åndsverk noe nytt fenomen som sådan; for eksempel har det lenge vært vanlig å begrense tilgangen til det fysiske området verket fremføres på, som ved kunstutstillinger eller kinofilmer.⁵⁶ Spesielt for DRM-teknologi i slikt henseende er at den ideelt sett skulle gjøre opphavsmannen i stand til å gjøre verket sitt tilgjengelig for et større publikum, men fortsatt inneha den samme kontrollen over verket som om det ble fremført i et begrenset lokale. Før DRM-teknologien gjorde sitt inntog kunne ikke opphavsmannen gjøre sitt verk tilgjengelig uten en viss usikkerhet: Et større publikum gir utsikt til større profitt, men stor profitt kommer ikke uten tilsvarende risiko.

Om fremstillingen i det følgende synes kritisk til DRM-teknologi og tilhørende lovgivning, er dette en konsekvens av argumentenes natur: Argumentene til fordel for DRM-teknologi

⁵⁵ Gillespie (2007), side 138.

⁵⁶ Ibid, side 137.

er (de lege lata) langt mer selvinnslysende enn argumentene mot. Opphavsmannens rettigheter er dypt forankret i en alminnelig rettferdighetsoppfatning (spesielt i Europa): man fortjener lønn for strev, og det er rimelig at man skal kunne verne om fruktene av sitt arbeide. Motargumentene er ikke fullt så opplagte, og krever nødvendigvis en mer utfyllende fremstilling, og det vil derfor også bli brukt tilsvarende med plass på dem senere. Først er det imidlertid hensiktsmessig å se på den konkrete løsningen lovgiver har valgt i Norge.

3.3 Åndsverkloven § 53a.

3.3.1 Bestemmelsens bakgrunn.

3.3.1.1 Juridiske hensyn.

Åndsverkloven § 53a som en del av kapittel 6a er en implementering av det såkalte opphavsrettsdirektivet⁵⁷ også kjent som InfoSoc⁵⁸-direktivet eller EUCD⁵⁹ (fra nå av EUCD) i norsk rett. Norge ble forpliktet til å foreta slik implementering etter at direktivet ble tatt inn i EØS-avtalen.⁶⁰ EUCD var i sin tid EUs gjennomføring av WIPO-traktatene WCT og WPPT.⁶¹ Både EUCD og de to traktatene har bestemmelser som forplikter medlemslandene til å innføre vern mot omgåelse av beskyttelsessystemer.^{62 63}

⁵⁷ Ot.prp.nr .46 (2004-2005), side 11 flg.

⁵⁸ Forkortelse av “information society”.

⁵⁹ European Union Copyright Directive.

⁶⁰ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 12

⁶¹ Ibid.

⁶² EUCD art. 6, WCT art. 11 og WPPT art. 18.

⁶³ Innholdet i EUCDs omgåelsesforbud, og hvordan dette forholder seg til § 53a blir nærmere problematisert nedenfor i 4.5.

Det har også vært et mål å harmonisere bestemmelsen med eksisterende norsk rett, og med andre nordiske land.⁶⁴ Forholdet til annen nordisk rett vil i liten grad behandles i det følgende.

Tradisjonelt har regler som skal balansere opphavsmannens og samfunnets interesser blitt utformet med Bernkonvensjonens såkalte tretrinns-test⁶⁵ som rettesnor, og den henvises til i forarbeidene ved flere anledninger. Testen setter visse vilkår for hvordan begrensning i opphavsmannens enerett kan begrenses. For det første må slik begrensning bare skje i visse spesielle tilfeller, for det andre må ikke begrensningen ikke komme i veien for normal utnyttelse av verket, og for det tredje må det ikke innebære en urimelig tilsidesetting av opphavsmannens legitime interesser. Når digital teknologi har muliggjort å fremstille et ubegrenset antall perfekte eksemplarer på med et minimum av tid og innsatts, er det ikke lenger sikkert at adgangen til privat eksemplarframstilling vi tidligere har hatt i norsk rett fortsatt kan bestå testen.

3.3.1.2 Praktiske hensyn.

All den tid det kunne fremstilles et DRM-system som effektivt og fullt ut beskyttet de rettigheter opphavsmannen har etter loven, og kun disse rettighetene, ville rettsvern av dette være overflødig – enhver handling som ville nødvendiggjøre omgåelsen av et slikt beskyttelsessystem ville nødvendigvis stride mot åndsverklovens øvrige bestemmelser. Per dags dato er imidlertid et slikt system totalt urealistisk. For å avgjøre om, for eksempel, en eksemplarframstilling er ulovlig, er det nødvendig å vite omstendighetene rundt denne og hva kopien skal brukes til i ettertid – løsningen er derfor et system som forhindrer enhver eksemplarframstilling.

Dette blir så problematisk igjen, da åndsverkloven, som påpekt, gir publikum adgang til eksemplarframstilling i en rekke tilfeller. Praktisk sett har løsningen vært enkel: Som nevnt

⁶⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), side 12 flg.

⁶⁵ Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk art. 9(2).

tidligere blir kunnskap om å omgå forskjellige DRM-systemer raskt tilgjengeliggjort over Internett. Dette fenomenet gjør at de fleste beskyttelsessystemer i praksis er ineffektive,⁶⁶ og åpner praktisk for lovlig eksemplarframstilling så vel som ulovlig. Dette har gjort DRM-teknologien til et, i beste fall, mangelfullt våpen i kampen mot fildeling.

Et lovfestet omgåelsesforbud er ment å gi disse systemene tenner, og på denne måten hjelpe til med å gi opphavsmennene et bedre vern i en tidsalder hvor den teknologiske utviklingen har satt deres rettigheter i fare. Tanken er at den teknologiske utviklingen har tippet opphavsrettsbalansen i samfunnets retning i en slik grad at tradisjonell åndsverkslovgivning ikke lenger er tilstrekkelig for å sikre opphavsmannens økonomiske rettigheter.

3.4 Bestemmelsens innhold.

3.4.1 Omgåelsesforbudet.

Hovedregelen i åndsverkloven § 53a første ledd forbyr omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer. Det stilles imidlertid krav til disse beskyttelsessystemenes natur og egenskaper. For det første gjelder forbudet bare ”effektive” systemer. Etter en vanlig språklig forståelse ville et effektivt beskyttelsessystem være et som var fullstendig sikkert mot omgåelse,⁶⁷ men ifølge forarbeidene er det i dette tilfellet nok at systemet ”fungerer etter sitt formål”.⁶⁸ Som eksempler på hva det innebærer å fungere etter sitt formål, nevnes det at systemet ikke veldig lettvinnt må kunne omgås (som et spesifikt eksempel nevnes å sette det ute av spill ved å tegne med tusj på det fysiske mediet, en svakhet kjent fra flere tidlige beskyttelsessystemer for lyd-CD-er)⁶⁹ eller at systemet ikke må virke ødeleggende på avspillingsutstyret.⁷⁰

⁶⁶ I hvert fall ut i fra en teknisk forståelse av ordet.

⁶⁷ Välimäki (2007), side 3.

⁶⁸ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 155.

⁶⁹ Det avgjørende er ikke bruk av tusj i seg selv, men heller at deler av det fysiske mediet dekkes til og blir skjult for den optiske avleseren - Halderman (2002), side 13 flg.

Det fremgår også av ordlyden at beskyttelsessystemet må være tatt i bruk for å kontrollere eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten – handlinger som i utgangspunktet er opphavsmannens enerett, såkalte *opphavsrettslig relevante handlinger*.⁷¹ For å være beskyttet etter loven er det tilstrekkelig at beskyttelsessystemet kun har til hensikt å regulere en av disse handlingene. I praksis vil imidlertid de opphavsrettslig relevante handlingene overlappe hverandre noe hva gjelder fildeling: Tilgjengeliggjøring over Internett forutsetter eksemplarframstilling, og på det minste vil de fleste DRM-systemer i dag sperre mot eksemplarframstilling.⁷²

Det er også en forutsetning at systemet anvendes på et ”vernet verk”, altså et åndsverk. Dette synes kanskje åpenbart, men det vil være et poeng senere i drøftelsen. Dette innebærer også en begrensning i forbudet, til bare å gjelde der beskyttelsessystemet er anvendt på et eksemplar av et verk hvor den alminnelige vernetiden etter åndsverkloven ikke har utløpt,⁷³ eller arbeider som er eksplisitt unntatt fra opphavsrettslig vern, som i §9. Dessuten må det også være rettighetshaver som har ustyrt eksemplaret med beskyttelsessystemet jf. ” som rettighetshaver eller den han har gitt samtykke benytter”. Et beskyttelsessystem lagt til av en tredjepart uten rettighetshavers viten eller vilje, får ikke beskyttelse (men er heller ikke ulovlig.)

Om disse kriteriene er oppfylt, blir det i utgangspunktet forbudt å omgå systemet i sin *helhet*,⁷⁴ også om det har ytterligere, og i utgangspunktet opphavsrettslig ”irrelevante”, funksjoner. Et slik helhetlig vern er nødvendig da omgåelsesmetoder vanligvis består i å

⁷⁰ At systemet ikke må virke ødeleggende på avspillingsutstyret henger også sammen med unntaket i tredje ledd, annet punktum. Se under.

⁷¹ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 155.

⁷² Mer nøyaktig vil avleseren ha blitt produsert med en sperre mot eksemplarframstilling som en forutsetning for at produsenten skulle få tilgang til krypteringsnøkkelen. Se 2.2.

⁷³ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 155.

⁷⁴ Rieber-Mohn (2006)a, side 8.

dechiffrere krypteringen,⁷⁵ noe som setter hele beskyttelsessystemet ut av spill, heller enn å rette seg mot enkeltfunksjoner.

3.4.2 Forbud mot visse typer befatning med omgåelsesverktøy.

Andre ledd forbyr en rekke nærmere spesifiserte typer befatning med ”innretninger, produkter eller komponenter” som har omgåelse av beskyttelsessystemer som sitt eneste eller vesentligste funksjon og formål. Forbudet retter seg i første omgang mot produksjon, sirkulasjon og markedsføring m.v. av slike omgåelsesverktøy, men også ren besittelse kan under visse omstendigheter rammes. Dette besittelsesforbudet forutsetter at besittelsen skjer i ervervsmessig formål – dette er et bevisst valg for at det ikke skal ramme ren privat og tilfeldig befatning med omgåelsesverktøy, og ikke komme i veien for unntaket i tredje ledd, annet punktum.⁷⁶

I forarbeidene påpekes det også at dette forbudet ikke er ment å ”forplikte utstyrsprodusenter til en gitt standard med hensyn til elektronisk utstyr og utviklingen av disse”.⁷⁷ Dette impliserer at også avspillingsutstyr kan rammes av forbudet under visse omstendigheter, og det fremgår videre av forarbeidene at dette beror på en skjønnsmessig vurdering.⁷⁸ Altså kan også innretninger og programvare m.v., som ikke nødvendigvis kun er et omgåelsesverktøy falle inn under forbudet, dersom omgåelse allikevel er den mest fremtredende funksjonen.

3.4.3 Unntaket for ”relevant avspillingsutstyr”.

Unntaket i bestemmelsens tredje ledd, annet punktum reiser en rekke tolkningsspørsmål. Det fastsetter at omgåelsesforbudet ikke gjelder der det forhindrer avspilling på ”relevant

⁷⁵ Se 2.2.

⁷⁶ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 156.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

avspillingsutstyr”. Hva som skal anses som relevant avspillingsutstyr kan omformuleres til et spørsmål om hvilket avspillingsutstyr publikum *med rimelighet* kan forvente å spille av verket med.⁷⁹ Utgangspunktet er enkelt: Relevant avspillingsutstyr fremgår av det foreliggende formatet. Det er for eksempel åpenbart at relevant avspillingsutstyr for en CD-plate er CD-spillere, eller andre spillere som er produsert for å kunne lese av CD-formatet (for eksempel DVD-avspillere eller CD- og DVD-lesere på datamaskiner).⁸⁰ En typisk situasjon hvor unntaket vil komme til anvendelse vil for eksempel være der hvor en CD-plate med et teknisk beskyttelsessystem ikke vil la seg avspille i en CD-spiller for bil (nok et typisk kjennemerke ved utdaterte beskyttelsessystemer for CD-er). Her ville det være adgang til å omgå beskyttelsessystemet og eventuelt å fremstille en kopi i den hensikt å få platen til å spille i en slik avspiller.⁸¹

Mer problematisk blir det imidlertid å finne ut hvilket avspillingsutstyr allmennheten anser som relevant. I debattene i forkant av bestemmelsens ikrafttredelse ble mye fokus rettet mot det tidligere omtalte MP3-formatet.⁸² Er MP3-spillere relevant avspillingsutstyr for CD-plater? Mange som kjøper CD-plater har nok intensjoner om å kopiere CD-platens innhold til MP3-format for i stedet å spille den av på en MP3-spiller, noe lovgiver har angitt at de med rimelighet kan forvente.⁸³ I teorien blir det imidlertid anført at en slik forståelse er lite forenlig med ordlyden,⁸⁴ og denne forståelsen har nok mest for seg: Det er helt opplagt at den fysiske CD-platen ikke lar seg avspille på en MP3-spiller – for at dette skal skje må CD-ens innhold konverteres til MP3-format. Om publikum forventer seg å være i stand til å foreta slik konvertering, er dette fordi CD-er tradisjonelt har manglet tekniske beskyttelsessystemer, og de beskyttelsessystemene som har vært prøvd har ikke

⁷⁹ Rieber-Mohn (2006)b, side 328.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 157.

⁸² Bing (2005), side 4, Rieber-Mohn (2006)b, side 328.

⁸³ Inst. O. nr. 103 (2004-2005), side 38 flg.

⁸⁴ Rieber-Mohn (2006)b, side 328 flg.

vært særlig vellykkede⁸⁵ og er blitt frafalt. Publikums ”rimelige forventingen” her er med andre ord knyttet opp mot CD-ens konverteringspotensial heller enn avspillingspotensial – med andre ord en forventning om at CD-er kommer uten beskyttelsessystemer. Denne forventning er det og bør det få være, under omgåelsesforbudets formål, opp til kulturindustrien om de vil innfri.

Det er også foreslått at avtalen som ligger til grunn for anskaffelsen av eksemplaret kan avgjøre hvilket avspillingsutstyr som er relevant.⁸⁶ Resonnementet her er at man ikke med rimelighet kan forvente avspilling i strid med hva man har bundet seg til gjennom avtale.⁸⁷ En slik tolkning passer imidlertid dårlig overens med ordlyden: ”det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr.”⁸⁸

Det er således vanskelig på det nåværende tidspunktet å trekke noen konkrete slutninger om innholdet i dette unntaket ut over det opplagte. Det er ikke usannsynelig at man her vil se noen spennende avklaringer i rettspraksis i tiden fremover, spesielt hva gjelder avtalespørsmålet.

3.4.4 Andre unntak.

Bestemmelsen har også et unntak i fjerde ledd. Dette henviser direkte til § 16, og fordrer derfor ingen videre tolkningsproblemer. Mer interessant er begrensningen i tredje ledd, første punktum om forskning i kryptologi. Denne gjelder ikke bare selve omgåelsesforbudet, men også forbudet i andre ledd om omgåelsesverktøy. I kravet om forbindelsen til kryptologisk forskning må innfortolkes en streng forutsetning om tilknytning til faget, mens begrepet ”forskning”, på den andre siden, er ment å favne vidt, og kan omfatte undervisning så vel som privatpersoners og institusjoners

⁸⁵ Halderman (2005), side 17.

⁸⁶ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 157.

⁸⁷ Rieber-Mohn (2006)b, side 330.

⁸⁸ Avtalespørsmålet er også en del av drøftelsen i 4.5.

forskningsinnsatser.⁸⁹ Tanken her er at publisering av forskningsresultater som ikke hele tiden knyttes opp mot kryptologi kan føre til unødvendig spredning av kunnskap om omgåelsesmetoder,⁹⁰ og sådan svekke beskyttelsessystemenes effektivitet, eller at man ikke skal kunne slippe unna forbudet ved å forkle omgåelsesforsøket som en forskningsinnsats.⁹¹

⁸⁹ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 156.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Mer om DRM-lovgivning og forskning under, i 4.6.3.

4 Problematiseringer.

4.1 Beskyttelsessystemer og opphavsrettens formål.

Et av opphavsrettsinstituttets mest grunnleggende formål er å motivere til utbredt og mangfoldig åndsverkproduksjon.⁹² Resonnementet som ligger til grunn går ut på at potensielle åndsverkprodusenter ville vegre seg for å skape dersom de ikke fikk tilstrekkelig kontroll over sine egne verk, og at de gjennom slik kontroll kan sikre seg økonomisk utbytte av verket både for å livnære seg og å investere i produksjon av fremtidige verker. Slik vil også spørsmålet som må ligge til grunn for en endring i opphavsrettslovgivningen være om den er egnet til å inspirere til økt produksjon av åndsverk.

For å drøfte hvilken effekt et lovfestet vern mot omgåelse av DRM-teknologi har på produksjonen av åndsverk er det også nødvendig å drøfte hvilken effekt DRM-teknologien i seg selv har på produksjonen av åndsverk. DRM-teknologiens tilhengere, i første rekke film- og musikkindustrien, argumenterer med at gevinst økt fortjeneste fører til økt åndsverkproduksjon, og at DRM-beskyttelse av åndsverk fører til økt fortjeneste. Dette bygger igjen på en antagelse om at utsikten for økonomisk gevinst er en sterk motivasjon til å skape åndsverk. Med andre ord fører et lukrativt kulturmarked til utbredt kulturproduksjon. Det er nok en trygg antagelse at økonomisk motivasjon er en drivkraft for mange åndsverkprodusenter, og denne oppfatningen er sterkt forankret i åndsverkslovens begrunnelse,⁹³ men samtidig er resonnementet betenkelig; i hvilken grad kan man gå ut i fra at bruk av DRM-teknologi i nevneverdig grad fører til økt omsetning – som nevnt tidligere vil utveksling av kunnskap om omgåelsesmetoder over Internett i praksis gjøre de mest utbredte DRM-implementeringene høyst ineffektive, (derav også

⁹² Se 3.1.2.

⁹³ Se 3.1.2.1.

nødvendigheten av § 53a.) For det andre kan man se på et av motstandernes argumenter: Åndsverk som har blitt gjenstand for ulovlig fildeling vil ha fått sine beskyttelsessystemer omgått, mens lovlig kjøpte eksemplarer kommer med beskyttelsessystemet inntakt. For en forbruker vil dette fremstå som om det lovlige eksemplaret har ulemper i forhold til det ulovlige.⁹⁴ En slik forbrukermotvilje mot beskyttelsessystemer har også blitt brukt som en forklaring på hvorfor salg av musikk over Internett i form av MP3 og lignende formater har hatt vansker med å konkurrere med tradisjonelle formater, som CD.⁹⁵ Den samme tankegangen kan også være grunnen til at flere av de store plateselskapene har begynt å selge eksemplarer av verkene sine i DRM-løse formater i enkelte nettbutikker.⁹⁶ De økonomiske virkningene av fildeling og bruk av DRM-teknologi, er som sagt ikke i fokus for denne avhandlingen, da dette er spørsmål som må søkes besvart gjennom andre forskningsområder enn jussen. I forhold til min forutsetning innledningsvis om at ulovlig fildeling utgjør et utbredt opphavsrettslig problem, er det imidlertid en besnærende tanke at DRM-teknologien muligens bidrar til å eskalere det problemet den søker å løse. Under enhver omstendighet poengterer de delte meningene på dette punktet at man ikke bør ta for gitt at beskyttelsessystemer bidrar til et sterkt åndsverksmarked.

4.2 Eksemplarframstilling og allmennpreventive virkninger.

I dette avsnittet ser jeg bort ifra bestemmelsens bakgrunn i folkerettslige forpliktelser og harmoniseringshensyn, og drøfter den fra et rent norsk internrettslig perspektiv.

På den ene siden har en DRM-teknologien. Forskjellige implementeringer av denne kan ha mange forskjellige funksjoner, men i kjernen har de som oftest til hensikt å hindre eksemplarframstilling - dette igjen for å forhindre at eksemplarer fremstilles med ulovlig hensikt, mest aktuelt for å tiggengeliggjøres over Internett. Historien har imidlertid vist at DRM-teknologi kan og vil omgås, så på den andre siden har en åndsverkloven § 53a, som

⁹⁴ Halderman (2002), side 17.

⁹⁵ Jobs (2007).

⁹⁶ Ibid.

kompenserer for DRM-teknologiens mangler. Det synes naturlig å anse bestemmelsens formål som sammenfallende med DRM-teknologiens formål: å forhindre at verk gjøres allment tilgjengelig over Internett uten rettighetshaverens tillatelse. Ser man på dette formålet isolert, blir bestemmelsen overflødig, da det allerede etter § 2 tillegges opphavsmannen enerett til å spre verket til allmennheten, og det etter § 54 gjøres straffbart å krenke slik enerett. Bruddet på omgåelsesforbudet og krenkelsen av opphavsmannens enerett kan i slike tilfeller skje så nært i tid at de praktisk talt utøves i en og samme handling. Om lovgiver her har tenkt at man skal kunne komme den potensielle krenkeren i forkjøpet ved å gripe inn allerede på fremstillingsstadiet, er dette lite praktisk – eller i det minste vil det utgjøre liten praktisk forskjell. Siden begge handlinger utføres i det skjulte er det heller ikke noe lettere å håndheve omgåelsesforbudet enn forbudet mot krenkelse av eneretten.

Det § 53a i stedet tilføyer, er en verdsetting av DRM-systemers integritet som sådan. Bestemmelsen innehar med dette en signaleffekt – omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer er galt! Med unntak av de i bestemmelsen eksplisitt angitte unntakene i § 53a og begrensningene i § 53b, spiller det ingen rolle hva formålet med omgåelsen er, og den kriminaliseres på et generelt grunnlag. Det bør påpekes at selv om unntakene og begrensningene ivaretar mange legitime interesser i omgåelse, kan det fortsatt tenkes at det finnes motiver for å omgå DRM-systemer som ikke lovgiver har forutsett, og som i utgangspunktet lite eller ikke-straffverdige.

En annen påfallende konsekvens er at § 53a i praksis gir opphavsmannen mulighet til å eliminere begrensningene § 12 setter i hans enerett, ved å utstyre sitt åndsverk med et teknisk beskyttelsessystem. For det første, og kanskje mest påfallende, forrykker dette balansen i avveiningen mellom opphavsmannens interesser og allmennhetens interesser. For det andre fører dette til en forskjellsbehandling mellom opphavsmenn som fremstiller verk som kan utstyres med tekniske beskyttelsessystemer og andre opphavsmenn. Et tenkt eksempel: Peder Ås spiller inn en dokumentarfilm om opphavsrett og tekniske beskyttelsessystemer, mens Lars Holm skriver en lærebok om det samme temaet. Ås' film

utgis på DVD utstyrt med en DRM-implementering som hindrer kopiering, mens Holms bok utgis som en vanlig papirutgave. Ås' film er nå i stor grad vernet fra privat eksemplarframstilling mens Holm må finne seg i at hans kontroll over sin bok begrenses av § 12. Det er uvisst hvilke opphavsrettslig relevante interesser opphavsmenn til verk som distribueres i slike digitale formater skulle ha av å forhindre ellers lovlig eksemplarframstilling, men av forarbeidene fremkommer det at dette er en konsekvens som har vært lovgiver bevisst, og som har blitt innført intensjonelt.⁹⁷ Trolig er dette for å sikre at § 12 fortsatt kan passere tretrinns testen.⁹⁸

Vinkler man bestemmelsen på en annen måte, kan en imidlertid se en potensiell preventiv virkning mot fildelingsproblemet. For det første vanskeliggjør omgåelsesforbudet det å utvikle omgåelsesteknikker i utgangspunktet – en kan således ikke finne frem til en omgåelsesmetode gjennom prøving og feiling, og utviklingen av et omgåelsesverktøy vil bero på en at vellykket omgåelse er foretatt i utgangspunktet. Dersom færre prøver å finne frem til slike metoder, eller utvikle slike verktøy, vil færre slike metoder og verktøy sirkuleres, og det vil være vanskeligere for den gjennomsnittlige forbruker å fremstille en kopi for deling på Internett. For det andre kriminaliseres utvikling og distribuering av omgåelsesverktøy med bestemmelsens andre ledd. Dette kan nok ha en viss preventiv virkning, da de fleste vil være avhengig av slike verktøy for faktisk å gjennomføre en omgåelse.

4.3 Kravet om at systemet må være "effektivt".

Som påpekt over, opereres det her med et særskilt juridisk effektivitetsbegrep.⁹⁹ Dette kan svekke rettighetshavers posisjon på en måte som vil være uheldig under omgåelsesforbudets formål.¹⁰⁰ Som sagt tidligere vurderes effektivitet skjønnsmessig opp i

⁹⁷ Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 156.

⁹⁸ Se 3.3.1.2.

⁹⁹ Se 3.4.1 .

¹⁰⁰ Se 3.3.1.2.

mot om systemet fungerer etter sin hensikt. Lovgiver har nok her blant annet ønsket å avgrense mot tilfeller hvor systemet er av en slik natur at publikum helt uvitende kunne komme til å omgå det. For eksempel er det tilfelle med flere utdaterte systemer for CD-er at de rett og slett ikke virker på nye avlesere (altså at åndsverket kan spilles av helt fint, men at beskyttelsessystemets funksjoner ikke manifesterer seg.) Det ville være uheldig for rettssikkerheten om man kriminaliserte en handling de fleste ikke ville være klar over at de utførte.

Spørsmålet blir med andre ord hvor stor innsats omgåelse av systemet må innebære, før systemet kan betegnes som ”effektivt”. I Finland ble dette tolkningsproblemet satt på spissen i 2007, da Helsinki tingrett skulle ta stilling til et påstått brudd på det finske omgåelsesforbudet.¹⁰¹ En dom fra en utlandsk tingrett har så klart meget begrenset betydning for norsk rettspleie, men fordi den finske implementasjonen av EUCD består i en direkte oversettelse av direktivteksten,¹⁰² kan tolkningen av effektivitetsbegrepet ha argumentasjonsverdi i alle implementasjoner av direktivet.

Det bør også påpekes at denne saken ble foranlediget av noe spesielle omstendigheter: En gruppe finske dataentusiaster åpnet en webside hvor de la ut informasjon om hvordan omgå det såkalte CSS¹⁰³-systemet, hvorpå de siden oppsøkte det lokale politiet og anga seg selv, i håp om, må det antas, å få en avklaring på rettsstilstanden rundt fildelingsspørsmålet.¹⁰⁴ Dette betydde også at det var påtalemyndigheten som førte saken under eget initiativ, uten representasjon fra kulturindustrien.

CSS er det grunnleggende beskyttelsessystemet for DVD-filmer og den første virkelig utbredte DRM-løsningen for andre verk enn dataprogrammer, og har vært i bruk gjennom

¹⁰¹ Dom R 07/1004, 25. mai 2007.

¹⁰² Välimäki (2007), side 3.

¹⁰³ Content scramble system.

¹⁰⁴ Välimäki (2007), side 4.

hele DVD-formatets livstid.¹⁰⁵ Det skapte stort oppstyr da et omgåelsesverktøy kalt DeCSS ble utviklet og tilgjengeliggjort over Internett i 1999. Gruppen bak verktøyet bestod blant annet norske av Jon Lech Johansen, som ble anmeldt og straffeforfulgt i det norske rettssystemet. For Johansens del endte saken med frifinnelse i lagmannsretten.¹⁰⁶ Johansen ble tiltalt for overtredelse av straffeloven § 145. Retten kom frem til at Johansen ikke hadde skaffet seg ”uberrettiget” adgang til data da han ikke hadde fremstilt varige eksemplarer, og kjøpere av DVD-filmer uansett måtte anses å ha en legitim interesse av å fremstille sikkerhetskopier. At DVD-filmer typisk selges med et kopiforbud på omslaget ble heller ikke tatt til følge, da den lovfestede begrensingen i rettighetshavers enerett i åndsverkloven § 12 måtte få forrang. Dette ville muligens blitt annerledes om Norge hadde hatt et omgåelsesforbud som vi nå har fått i åndsverkloven § 53a på tidspunktet. I motsetning til straffeloven § 145 er det klart at åndsverkloven § 53a avskjærer adgangen til privat eksemplarframstilling etter § 12. Med unntak av effektivitetskravet, som det jo her problematiseres om er oppfylt, er det også klart at CSS faller inn under ordlyden i § 53a. I USA, hvor de hadde hatt et omgåelsesforbud gjennom den såkalte Digital Millennium Copyright Act (fra nå av DMCA) § 1201 siden 1998, ble forsøkene på å hindre spredning av DeCSS møtt med større suksess i domstolene.¹⁰⁷ Denne suksessen begrenset seg imidlertid til rettssalen, for innen den finske saken kom opp var omgåelsesverktøy for CSS vidt sirkulert og lett tilgjengelige på Internett.¹⁰⁸

Dette ble også rettens hovedargument i den finske saken: Fordi omgåelsesverktøy er så lett tilgjengelige, kan ikke CSS lenger ansees som ”effektivt”. Retten viste også til at visse operativsystemer¹⁰⁹ kommer med slik omgåelsesprogramvare ferdiginstallert,¹¹⁰ noe som

¹⁰⁵ Gillespie (2007), side 170 flg.

¹⁰⁶ Se avgjørelsen inntatt i RG-2004-414.

¹⁰⁷ Gillespie (2007), side 185 flg.

¹⁰⁸ Välimäki (2007), side 4.

¹⁰⁹ Domsgrunnene nevner ikke noe spesifikt operativsystem, men formodentlig er det snakk om varianter av Linux som kommer med libdvdcss installert. Libdvdcss er et programvarebibliotek som dekrypterer CSS.

¹¹⁰ Ibid.

kan føre til uvitende og uintensjonell omgåelse. Det er betenkelig hvordan retten her uthuler omgåelsesforbudet; CSS er i seg selv ikke et spesielt ineffektivt beskyttelsessystem. Det er ikke, i utgangspunktet, noe lettere eller vanskeligere å omgå enn for eksempel FairPlay, men fordi det er et populært system å omgå, og kunnskapen og verktøyene har spredt seg deretter – omstendigheter som er helt utenfor rettighetshavernes kontroll, og som består i, i utgangspunktet, ulovlige handlinger – så får altså rettighetshavere til verk som gis ut på DVD en dårligere beskyttelse enn andre rettighetshavere. På den andre siden vil også en slik tolkning gi rettighetshavere et incentiv til stadig å oppdatere sine beskyttelsessystemer for å opprettholde juridisk effektivitet. På den måten gir omgåelsesforbudet aktørene i kulturindustrien en handleplikt. Selv om loven må påse at opphavsmannens rettigheter ikke krenkes, må det være opp til bransjen å finne lønnsomme forretningsmodeller og tekniske løsninger som opprettholder rettigheten.

I praksis ville en slik tolkning gi beskyttelsessystemer en rettslig ”datostempling”. Ledende utviklere av slike systemer har selv uttalt at det for ethvert beskyttelsessystem bare er et spørsmål om tid før en omgåelsesmetode utvikles,¹¹¹ og som kunnskapen om omgåelsesmetodene i økende grad tilgjengeliggjøres over Internett vil det spesifikke beskyttelsessystemet sakte skli mot effektivitetskravets nedre grense, før det tilslutt ikke er vernet. I så fall vil mange av DRM-teknologiens motstanderes bekymringer falle bort: Selv om det for rettighetshaverne vil være mulig å opprettholde rettsvern av nye eksemplarer ved stadig å oppdatere beskyttelsesteknologien vil det ikke være mulig å modifisere et eksemplar som allerede er publikum i hende, og som tiden går og beskyttelsessystemet utdateres vil lånereglene fullt ut bli anvendelige på dette eksemplaret.

Man skal imidlertid her være forsiktig med å foregripe begivenhetens gang. Man kan ikke uten videre anta at en høyere instans kommer til det samme resultatet eller at de øvrige EU- og EØS-medlemmer vil bygge på en slik tolkning. Det Helsinki tingretts argumentasjon innebærer er en spennende mulighet, og en tolkning som heller ikke er uforenlig med den

¹¹¹ Jobs (2007).

norske ordlyden. Den belyser også potensielle fordeler og ulemper ved et juridisk effektivitetsbegrep.

4.4 Rettsvern av DRM og opphavsrettsbalansen.

Som påpekt tidligere er hovedformålet bak opphavsretten å motivere økt åndsverkproduksjon. I denne interessen er det derfor ikke bare ønskelig å gi potensielle åndsverkprodusenter motivasjon gjennom de rettighetene som tillegges opphavsmenn, men også å sørge for en åpen tilgang til eksisterende verk. For det første kan nye åndsverk bygge på tidligere åndsverk. For eksempel har jeg hentet ideer og kunnskap fra bøker og artikler i arbeidet med denne avhandlingen, musikkartister bruker ofte deler av eksisterende verk i gjennom såkalt sampling,¹¹² og i forskningen er det sentralt å kunne bygge på andres metoder og resultater. For det andre er bruk av åndsverk viktig for samfunnsutviklingen. For eksempel kan lærere bruke utdrag fra bøker eller vise film til å øke kvaliteten av undervisning, og ideer og kunnskap hentet fra åndsverk kan brukes i journaliseringen og politikken, og bidra til å utvikle og opprettholde demokratiet. For å opprettholde en tilstrekkelig tilgang til eksisterende åndsverk er det derfor nødvendig å avgrense opphavsmannens enerett.

DRM-teknologi kan tenkes å være en trussel mot denne balansen, fordi den gjennom sin natur virker begrensende på utnyttelse av åndsverk. Det vanligste er at DRM-implementeringer hindrer privat eksemplarframstilling, men det kan også tenkes at beskyttelsessystemer gis funksjoner som begrenser utnyttelse av åndsverket som lovverket ellers gir adgang til. For eksempel kan det tenkes at beskyttelsessystemet ivaretar opphavsmannens enerett etter at opphavsrettens virkning i tid er utløpt (per lovens §§ 40 til 41a) eller beskytter arbeider som ikke er vernet.¹¹³ Alvorligheten av denne trusselen har imidlertid vært begrenset av DRM-teknologiens sårbarhet mot omgåelsesmetoder, og all

¹¹² Sampling reiser imidlertid mange opphavsrettslige spørsmål på egen hånd, men er ikke tema for denne avhandlingen.

¹¹³ Dette er imidlertid løst i norsk rett gjennom kravet om "vernet verk" i § 53a.

den tid ikke teknologiske fremskritt ikke gjør den sikrere mot disse metodene vil det være rettsreglene (eller subsidiært mangelen på sådanne) omkring DRM-teknologien som vil avgjøre om, og i hvilken grad denne utgjør en trussel mot opphavsrettsbalansen.¹¹⁴

I endringene i åndsverkloven fra 2005 er opphavsrettsbalansen søkt opprettholdt gjennom unntakene i § 53a og de mange begrensningen som er blitt lagt inn i § 53b. de sistnevnte referer til en rekke lånebestemmelser i lovens kapittel 2, som i sin tur tar sikte på å sikre samfunnets interesser, uavhengig av teknologiske nyvinninger.

Hva reglene som spesifikt retter seg mot tekniske beskyttelsessystemer angår, finner man først og fremst unntaket for relevant avspillingsutstyr i § 53a tredje ledd, annet punktum, som skal sikre at beskyttelsessystemet ikke forhindrer grunnleggende utnyttelsesformer. Man kan ikke utlede ideer fra innholdet i et audiovisuelt verk om man er forhindret fra å spille det av i utgangspunktet, på den samme måten som man ikke kan utlede ideer av innholdet i en bok om man ikke kan åpne permene og lese teksten som står trykket. Men slik avspilling er også så langt det strekker seg. Så lenge verket er utstyrt med et effektivt beskyttelsessystem er adgangen til privat eksemplarframstilling etter § 12 avskåret.

Nå bærer riktignok § 12 preg av å være en ren beleilighetsregel når det gjelder typer av åndsverk som kan utstyres med DRM: Peder Ås konverterer musikkensamlingen sin til MP3 så han har tilgang på den gjennom datamaskinen i stedet for å måtte lete igjennom hele den fysiske platesamlingen, eller han tar opp et fjernsynsprogram på videokassett fordi han ikke har anledning til å følge med på det klokkeslettet det sendes. En skal allikevel ikke uten videre gå ut i fra at hensynet til tekniske beskyttelsessystemers integritet bør veie tyngre enn samfunnets interesse i privat eksemplarframstilling. Som påpekt tidligere tilla lovgiver blant annet muligheten til å konvertere en CD til MP3 stor vekt under arbeidet med loven, enn så langt at de mente dette burde kunne innfortolkes under unntaket for relevant

¹¹⁴ Rieber-Mohn (2006)a, side 6.

avspillingsutstyr.¹¹⁵ Slik utnyttelse hadde ikke vært problematisk om eksemplarframstilling etter § 12 hadde blitt opprettholdt.

§ 53b virker sammen med § 53a, og tilgodeser en rekke samfunnsnyttige låneregler. Heller enn å være formulert som et unntak fra omgåelsesforbudet, er § 53b et påbud til rettighetshaver. Denne plikter å sørge for at beskyttelsessystemet ikke kommer i veien for lånereglene i §§ 13a, 15, 16, 17, 17a, 21, 26-28 eller 31. Det er imidlertid lite praktisk å tenke seg et beskyttelsessystem som ikke forhindrer utnyttelse etter disse bestemmelsene, men samtidig sperrer annen eksemplarframstilling. Publikum må derfor be rettighetshaver direkte om den hjelpen eller informasjonen de trenger. I de situasjoner hvor rettighetshaver av en eller annen grunn ikke vil imøtegå en slik henvendelse kan det etter annet ledd nedsettes en nemnd som skal vurdere om han kan pålegges å hjelpe publikum, eller eventuelt om publikum skal bli unntatt § 53a i det enkelte tilfellet. Som det fremgår er dette en tidkrevende prosess, især om man må igjennom annet ledd, og den vanskeliggjør handlinger som i utgangspunktet er begrunnet i opphavsrettsbalansen.

§ 13b som gir adgang til eksemplarframstilling i undervisningsøyemed bortfaller i sin helhet. Eksemplarframstilling etter denne paragrafen kan bidra til en høyere kvalitet i undervisning, spesielt i medie- og kulturrettede studier, men har måttet vike for omgåelsesforbudet. Det er klart at en slik regel har støtte i hensynet til opphavsrettsbalansen, og fraværet av tiltak for å sikre denne i både § 53a og § 53b er betenkelig.

Lovgiver har åpenbart vært opptatt av å opprettholde opphavsrettsbalansen, men har allikevel latt lånereglene blitt noe svekket av omgåelsesforbudet. Et omgåelsesforbud som eksplisitt forutsatte hensikt om å krenke opphavsmannens enerett ville stått helt utenfor fare for å forrykke balansen, men ville antakeligvis vært direktivstridig, og manglet selvstendig betydning i forhold til den beskyttelsen eneretten allerede har i loven.

¹¹⁵ Se 3.4.33.4.3.

4.5 Innholdet av § 53a og Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Gjennom sin deltagelse i EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til å implementere EUCD i norsk rett, noe som, som sagt, er en del bakgrunnen for endringene i åndsverkloven av 2005.¹¹⁶ Kravet til rettsvern mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer fremgår av direktivets artikkel 6, første ledd:

Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned, carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.

Hva som menes med “technological measures” utdypes i fjerde ledd:

For the purposes of this Directive, the expression "technological measures" means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subject-matter, which are not authorised by the rightholder of any copyright [...]

Formuleringen “acts [...] which are not authorized by the rightholder” åpner for rettighetshaver selv å ta stilling til hvilke handlinger publikum skal kunne gjennomføre i sin utnyttelse av verket. Dette kan forstås som et uttrykk for at beskyttelsessystemer som regulerer handlinger på bakgrunn av *avtale* mellom opphavsmann og publikum også skal få rettsvern.¹¹⁷ Siden den norske bestemmelsen begrenser slikt rettsvern til å gjelde kun beskyttelsessystemer som regulerer eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten er det lett tenkelig at systemer som skulle hatt beskyttelse etter EUCD kan falle utenfor. Som et eksempel kan nevnes et *tenkt* beskyttelsessystem hvis eneste funksjon

¹¹⁶ Se 3.3.1.

¹¹⁷ Rieber-Mohn (2006)b, side 324 - 325.

og mål er å begrense antallet ganger verket kan avspilles. Såfremt slike begrensninger fremgår av avtale, skal systemet ha beskyttelse etter EUCD artikkel 6, mens det ikke vil oppfylle kravene for rettsvern etter åndsverkloven § 53a.

Imidlertid kan det også forstås slik at det heller er snakk om handlinger som rettighetshaver ikke har gitt tillatelse til – her under den forutsetning at om rettighetshaver skal kunne tillate en handling, må publikum i utgangspunktet ha vært rettslig forhindret i å utføre den i utgangspunktet. Under en slik forståelse stemmer det norske omgåelsesforbudet bedre overens med EUCD artikkel 6.¹¹⁸

Selv med den første tolkningen lagt til grunn, vil § 53a gå lenger i å oppfylle direktivet enn det umiddelbart synes. På grunn av den tidligere omtalte beskyttelsen av såkalte kombinerte sperrer¹¹⁹ vil de fleste systemer som regulerer handlinger utover det som forutsettes i loven også vinne omgåelsesvern, da det er lite praktisk med et beskyttelsessystem som ikke i roten forhindrer eksemplarframstilling.¹²⁰ Noe betenkelig er det allikevel at beskyttelsessystemer fortsatt kan tenkes å falle utenfor bestemmelsen, dersom de utelukkende har andre funksjoner enn det som er forutsatt der.

Også unntaket i § 53a tredje ledd, annet punktum har blitt utpekt som potensielt problematisk i forhold til EUCD,¹²¹ siden det, avhengig av hvordan man tolker det, kan tenkes å gi adgang til eksemplarframstilling som rettighetshaver har motsatt seg i avtale – altså forutsatt at man legger til grunn at allmenn oppfatning av hva som er relevant avspillingsutstyr ikke kan begrenses i en slik avtale. Mer generelt kan det spørres om en slik vid omgåelsesadgang som det åpnes for når betingelsene for å benytte unntaket først er til stede, kan forenes med direktivet. Der hvor artikkel 6 åpner for unntak og begrensninger, under henvisning til artikkel 5, har de alltid en nærmere presisering av hvilke

¹¹⁸ Ibid, side 325.

¹¹⁹ Se 3.4.1.

¹²⁰ Rieber-Mohn (2006)b, side 325.

¹²¹ Ibid, side 326, Bing (2005), side 5-6.

omstendigheter som må foreligge, og de gjøres bare gjeldende så langt det er nødvendig for å oppnå formålet med unntaket eller begrensningen. Unntaket for relevant avspillingsutstyr, derimot, er formet som et ubetinget unntak, og tilsidesetter beskyttelsessystemet fullstendig.

Det er ikke til å komme fra at Norge har valgt en noe spesiell måte å gjennomføre direktivet på hva gjelder omgåelsesforbudet. Om gjennomføringen er god nok vil i stor grad avhenge av tolkningen, skjønt noen problemer, som unntaket i tredje ledd, annet punktum, er bare ikke til å komme unna, med mindre det legges til grunn en svært innskrenkende tolkning.

4.6 DRM-teknologi berører andre retts- og samfunnsområder enn opphavsretten.

DRM-teknologien er i kjernen egnet til å ivareta opphavsmenns økonomiske rettigheter. Navnet impliserer også at den er utviklet til dette formålet. Som med annen digital teknologi er DRM-teknologien imidlertid veldig fleksibel i hva slags funksjoner som kan implementeres i den, eller hva den kan brukes til. Det kan derfor være fruktbart å bryte ut av den synet man tradisjonelt har hatt i juridiske debatter, på DRM-teknologien som et rent opphavsrettslig verktøy. Mens både åndsverkloven § 53a og EUCD artikkel 6 søker å styrke beskyttelsessystemers rolle i å opprettholde opphavsretten, men inneholder ingen eksplisitte tiltak for å begrense virkningen til dette rettsområdet. Nå gir det i og for seg rettsteknisk sett god mening at åndsverkslovens bestemmelser bør begrense seg til å omhandle det rent opphavsrettslig relevante – og holdes fri for, for eksempel, regler som ivaretar forbrukerinteresser – men en kan spørre seg om det ikke ville vært hensiktsmessig å samtidig utføre endringer i andre lovverk – som for eksempel forbrukerkjøpsloven – for å utbalansere vekten av endringene i åndsverkloven. Dette har også lovgiver tilkjennegitt i forarbeidene.¹²²

¹²² Ot.prp. nr.46 (2004-2005), side 10.

Som påpekt tidligere får alle beskyttelsessystemer som i kjernen regulerer opphavsrettslig relevante handlinger vern også for alle andre funksjoner det måtte ha utover dette (forutsatt at det ikke bryter med noen av unntakene i bestemmelsen). Faren er at, om disse andre funksjonene får betydning utenfor opphavsrettens område, vil ikke lovgivningen i de berørte områdene har regler til å motstå beskyttelsessystemets rettsvern etter åndsverkloven. Hva om noen skulle ønske å foreta en handling som er helt legitim under et annet rettsområde, og som ikke på noen måte krenker opphavsmannens opphavsrettslige interesser, men som er forhindret av et beskyttelsessystems opphavsrettslige irrelevante tilleggsfunksjoner?

Dessuten er det ikke utenkelig at et beskyttelsessystem som kun har funksjoner som regulerer opphavsrettslige relevante handlinger også kan få konsekvenser ut over de rent opphavsrettslige konstellasjonene om det får rettsvern.

At omgåelse er straffesanksjonert har også en viss betydning, dette kan, spesielt i forbindelse med tolkningsproblemene som ble drøftet tidligere, ha utilsiktede preventive virkninger. Det følgende vil vise eksempler på at frykten for rettslige komplikasjoner kan få aktører utenfor opphavsretten til å opptre mer forsiktig enn de har grunn til, og på den måten redusere deres vilje til å bidra i sine respektive samfunnsområder.

4.6.1 DRM-teknologi og forbrukere.

En mulig problematikk rundt DRM-teknologiens betydning i forbrukerkjøpsforhold ble satt på spissen da det norske forbrukerombudet, på bakgrunn av klage fra forbrukerrådet, kom til at den populære online-tjenesten iTunes Store brøt med norsk lovgivning.¹²³ iTunes Store er en tjeneste som drives av et datterselskap av det store dataselskapet Apple, og blant annet tilbyr kjøp av populærmusikk i AAC-format – en type fil som tilsvarer MP3-formatet – utstyrt med Apples egne beskyttelsessystem, det såkalte FairPlay.¹²⁴

¹²³ Brev fra Forbrukerombudet til iTunes av 30. mai 2006.

¹²⁴ <http://www.apple.com/itunes/store/>

Før denne saken drøftes videre er det imidlertid to omstendigheter som bør påpekes: For det første fokuserte ikke Forbrukerombudet, slik som populærmedia fremstilte det, hovedsakelig på bruken av DRM-teknologi, men også på innholdet av vilkårene i tjenestens standardavtale.¹²⁵ For det andre var endringene i åndsverkloven allerede en aktualitet på dette tidspunktet, og lovens nye bestemmelser ble således både tatt hensyn til i Forbrukerombudets behandling av saken, og gjort gjeldende i Forbrukerombudets påstander.¹²⁶ Denne foreliggende saken er derved ikke egnet som et eksempel til å problematisere rettstilstanden etter ikrafttreddelsen av § 53a, men heller som et generelt eksempel på hvordan DRM-teknologi kan berøre andre rettsområder.

FairPlay-systemet innehar en rekke funksjoner, som blant annet å begrense antallet individuelle datamaskiner en nedlastet fil kan spilles av på. Den mest fremtredende egenskapen er kanskje at FairPlay forhindrer avspilling på andre bærbar avspillere enn Apples egenproduserte iPod.¹²⁷ Utover å sette spørsmålsteget ved graden av den opphavsrettslige hensiktsmessigheten ved FairPlay-implementasjonen,¹²⁸ gjorde Forbrukerombudet gjeldende at slik bruk av DRM-systemer førte til en uheldig begrensning av forbrukeres valgfrihet i forhold til produsent av avspillingsutstyr:

Jeg har forståelse for at rettighetshaverne ønsker å ta i bruk DRM og andre tekniske løsninger som kan hindre ulovlig bruk og kopiering. Filer med digitalt innhold kan enkelt kopieres og spres via internett uten noe forringelse i kvaliteten, noe som klarligvis kan skade rettighetshavernes interesser og rettigheter. Etter min mening må imidlertid tekniske løsninger ta rimelig hensyn til forbrukernes interesser i denne sammenheng, herunder muligheten til å kunne spille av lovlig anskaffet musikk uten å måtte være bundet til en bestemt leverandør sin avspiller.

¹²⁵ Brev fra Forbrukerombudet til iTunes av 30. mai 2006.

¹²⁶ Ibid, spesifikt side 8 og 10.

¹²⁷ Ibid, side 9.

¹²⁸ Ibid.

Når det velges tekniske løsninger hvor det verken benyttes åpen kildekode eller gis lisenser til andre for utvikling av avspillere, kan dette føre til en uheldig sammenlåsning mellom innhold og enkeltprodusenter.¹²⁹

Videre ble det gjort gjeldende at slik ”produktlåsing” kunne gi uheldige utslag for markedskonkurransen,¹³⁰ og på sikt kunne føre til ytterligere ugunstige forhold for forbrukere.¹³¹ Hvorvidt implementeringen av FairPlay isolert sett faktisk stred mot norsk lovgivning ble det ikke tatt noen endelig stilling til.¹³²

Saken førte til dialog mellom partene, og iTunes valgte delvis å revidere vilkårene i sine forbrukeravtaler,¹³³ men de store konklusjonene om DRM-teknologien uteble. Vekten av Forbrukerombudets påstander i iTunes-saken får da også forbli et åpent spørsmål for denne avhandlingens vedkommende, men de påpeker sider ved kommersiell anvendelse av DRM-teknologien generelt som *kan* føre til en uheldig utvikling i fremtiden. Hvorvidt nåværende forbrukerlovgivning er et tilstrekkelig vern mot en slik utvikling vil først vises om den kommer til aktualitet, men et sterkt spesifikt opphavsrettslig vern av DRM-systemer uten et tilsvarende forbrukerrettslig vern *mot* slike systemer, kan fort tenkes å slå skjevt ut for forbrukeren – spesielt om en har i bakhodet at både åndsverkloven § 53a og EUCD artikkel 6 også gir vern for funksjoner utover en ren regulering av opphavsrettslig relevante handlinger.

¹²⁹ Ibid. Dette ble også, sett i sammenheng med avtalevilkårene, sett på som potensielt stridende mot unntaket for relevant avspillingsutstyr i åndsverkloven § 53a.

¹³⁰ Se 4.6.2.

¹³¹ Brev fra Forbrukerombudet til iTunes av 30. mai 2006, side 10

¹³² Ibid.

¹³³ Brev fra Simonsen Advokatfirma til Forbrukerombudet av 31. juli 2006.

4.6.2 DRM-teknologi og konkurranse.

Motstandere av DRM-teknologi anfører gjerne at kulturindustriens mål ved å anvende den ikke er å beskytte opphavsmennene, men å begrense kommersiell konkurranse.¹³⁴ En slik spekulering i aktørenes motiver faller utenfor denne avhandlingens område, men det er verdt å bite seg merke i argumentene om hvordan DRM-teknologi og relatert lovgivning kan tenkes å virke konkurransehemmende.

Akkurat som utsikten for profitt kan pådrive kunstnerisk og intellektuelt kreativitet, kan den pådrive tekniske innovasjoner: Den fingernemme Peder Ås kjøper seg en videospiller, men han er ikke fornøyd. Han kan bygge en bedre spiller selv, mener han, en som er så mye bedre at videoentusiaster ville fortrekke den om den var på markedet. I et fritt marked er Ås fri til å utvikle og selge en slik videospiller (forutsatt at han holder seg innenfor gjeldende lovgivning, som patentretten eller opphavsretten). De etablerte aktørene på markedet ville antakeligvis ikke bare forholde seg i ro mens de bli utkonkurrert av en nykommer, og ville kanskje prøve å forbedre sine modeller, eller redusere prisene for å tiltrekke seg kunder. På denne måten driver et fritt marked innovasjon og økonomi og beriker samfunnet.

DRM-teknologi, på den andre siden, krever typisk samkjøring mellom flere aktører.¹³⁵ Som forklart tidligere baserer de fleste DRM-systemer seg på at avspilleren må ha en krypteringsnøkkel.¹³⁶ Det er typisk rettighetshaverne som sitter på denne nøkkelen, og den som ønsker å produsere avspillere må derfor treffe en avtale med dem. Dette gjør det vanskelig å komme inn på markedet; kanskje rettighetshaverne ikke liker visse funksjoner avspilleren har, eller kanskje avspillerprodusenten ikke har kapital til å inngå en slik avtale.

¹³⁴ Välimäki (2007), side 4.

¹³⁵ Med visse unntak. Apple, for eksempel produserer både digitale musikkspillere og sitt eget DRM-system, FairPlay. Se 4.6.1.

¹³⁶ Se 2.2

Det er jo selvsagt rett og rimelig at rettighetshaverne på denne måten skal få velge hvem de utleverer sine hemmeligheter til, men så er heller ikke slikt hemmelighetskremmeri en uoverkommelig hindring. Ved å observere hvordan en innretning som har krypteringsnøkkelen fungerer, kan man gjøre kvalifiserte gjetninger om hvordan den virker, og utvikle en innretning med de samme funksjoner – såkalt omvendt utvikling. Slik omvendt utvikling har vært viktig for utviklingen av kommersiell teknologi – blant annet er grunnen til det store og mangfoldige utvalget av produsenter på PC-markedet i dag et resultat av omvendt utvikling av IBMs BIOS¹³⁷-programvare på midten av 80-tallet.¹³⁸ En slik utvikling med mange produsenter som utvikler innretninger som er kompatible med hverandre fører til mindre fragmentering i markedet, større valgfrihet for kundene og mer forutsigelighet for de som ønsker å pådrive teknologiske fremskritt. En kunde kan for eksempel kjøpe en datamaskin fra PederCo og programvare som fungerer på den fra HolmCo, fordi de henholdsvis tilbyr disse varene til best pris, i stedet for å kjøpe begge deler hos PederCo som tar vesentlig høyere pris for sin programvare. Samtidig kan HolmCo utvikle datamaskiner uten å måtte passe på at den fungerer med utallige forskjellige teknologier, fordi de, PederCo og VoldCo alle har utviklet programvare på en felles plattform. Forutsatt at produktet som er et resultat av slik omvendt utvikling kun etterligner det originale produktet (i motsetning til for eksempel å benytte seg av opphavsrettsbeskyttet programvare uten tillatelse) er denne fremgangsmåten i utgangspunktet lovlig.

Problemet inntreffer når DRM-systemene beskyttes ved lov, fordi omvendt utvikling, der det utøves mot en innretning med en krypteringsnøkkel, kan falle inn under omgåelsesforbudet. Ut i fra en ren språklig forståelse *er* det en omgåelse. For eksempel må alle som vil produsere DVD-spillere ha en avtale med DVD-CCA¹³⁹ for å få tilgang på

¹³⁷ Basic Input/Output System. En simpel programvare som er ”innebygd” i en datamaskin og sørger for å starte opp og samkjøre maskinvarekomponentene.

¹³⁸ Lee (2006), side 3 og 4.

¹³⁹ DVD Copy Control Association

krypteringsnøkkelen til CSS.¹⁴⁰ ¹⁴¹ Alternativt kunne man foretatt en omvendt utvikling av en eksisterende DVD-spiller, men faren er da at DVD-CCA ville anmelde forholdet. Det var også dette som skjedde i DeCSS-saken, hvor DeCSS ble utviklet gjennom omvendt utvikling av en DVD-spiller.¹⁴² Det er ikke gitt hva en norsk domstol ville kommet til i en slik sak. Kanskje er omvendt utvikling juridisk å anse som omgåelse etter § 53a. I så fall ville det kanskje falle inn under unntaket for relevant avspillingsutstyr i det man prøver å gjøre en DVD-spiller i stand til å spille DVD-er, eller kanskje den resulterende avspilleren må ansees som et omgåelsesverktøy som i annet ledd. Forarbeidene viser at lovgiver har vært klar over disse problemene, men tilbyr lite hjelp i å løse dem:

*Forbudet etter andre ledd skal ikke forplikte utstørsprodusenter til en gitt standard med hensyn til elektronisk utstyr og utviklingen av disse. En behøver altså ikke på bakgrunn av bestemmelsen her å tilpasse sitt utstyr de beskyttelsessystemer rettighetshaver tar i bruk. Det vil imidlertid måtte eksistere en grense for i hvor liten grad en produsent er forpliktet til å tilpasse sitt utstyr før denne må sies å produsere omgåelsesutstyr omfattet av forbudet: Rettighetshaver A, som også er produsent av lagringsmedier og avspillingsutstyr, lanserer f.eks. sitt eget tekniske beskyttelsessystem. Når produsent B deretter lanserer en avspiller som ikke reagerer på dette beskyttelsessystemet, vil det måtte bero på en konkret vurdering om B ved dette produserer omgåelsesutstyr omfattet av andre ledd eller ikke.*¹⁴³

På grunn av DRM-teknologiens natur er det imidlertid ikke mulig å produsere en avspiller som ikke ”reagerer” på et beskyttelsessystem, fordi denne avspilleren må utløse beskyttelsessystemets dekrypteringsmekanismer før den i det hele tatt kan lese eksemplaret

¹⁴⁰ Gillespie (2007), side 181 og 182.

¹⁴¹ Krypteringsnøkkelen er strengt tatt bare en nødvendighet om spilleren skal være i stand til å vise CSS-beskyttede filmer, men siden de fleste DVD-er med kommersielle filmer i praksis er utstyrt med CSS ville en spiller uten denne nøkkelen antakeligvis være en dårlig forretningsidé.

¹⁴² Se avgjørelsen inntatt i RG-2004-414.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), side 156.

av verket av på noen fornuftig måte. For øvrig, om denne uttalelsen viser en intensjon i riktig retning, er det lite rom i bestemmelsens ordlyd for en slik tolkning.

Under enhver omstendighet vil usikkerheten om det kan ende med en slik rettslig konflikt være demoraliserende for en potensiell produsent av innovative DVD-spillere, og under forutsetning av at omvendt utvikling utgjør en straffbar omgåelse, gir man rettighetshavere en mulighet til å skaffe seg en ubalansert markedsposisjon som kan gjennomtvinges ved lov. For å følge DVD-eksempelet, ville DVD-CCA kunne bestemme hvem som skal få opptre i markedet for DVD-spillere. Dette gir grobunn for en industriell og kommersiell selvtækt som er søkt forhindret gjennom forbruker-, markedsførings- og konkurranselovgivning.

Som med så mange andre spørsmål ved § 53a, er det bare tiden som vil vise hvilken løsning som er korrekt her.

4.6.3 DRM-teknologi og forskning.

Åndsverkloven § 53a har et eksplisitt unntak for ”forskning i kryptologi”. Som påpekt tidligere forutsetter forarbeidene her en streng faglig tilknytning til kryptologi for at en aktivitet skal falle under unntaket.¹⁴⁴ Det er ikke fjerntliggende å tro at dette har kommet inn som en reaksjon på visse tendenser vi har sett internasjonalt, først og fremst i forbindelse med omgåelsesforbudet i USAs DMCA, hvor rettsvern mot omgåelse har blitt forsøkt brukt mot forskere som ville opplyse om mangler i forskjellige DRM-systemer.

Det mest påfallende (og merkverdige) eksempelet var den såkalte ”Hack SDMI”-utfordringen. SDMI¹⁴⁵ var en sammenslutning som hadde som mål å bli for MP3-formatet hva DVD-CCA var for DVD-formatet. Målet var å få til det forholdet mellom rettighetshavere og avspillerprodusenter som man hadde sett på DVD-ens område, hvor

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Secure Digital Music Initiative.

alle MP3-spillere på markedet ville bli utstyrt med en nøkkel til SDMI's beskyttelsessystem. Av flere grunner (som ikke vil berøres her i avhandlingen) klarte ikke SDMI å nå dette målet,¹⁴⁶ men innen de oppløstes, arrangerte de en noe spesiell konkurranse; om noen kunne omgå (det på denne tiden ulanserte) beskyttelsessystemet deres, uten at det resulterende eksemplaret tapte lyd kvalitet, ventet en dusør på 10 000 dollar.¹⁴⁷ Mens mange konvensjonelle bidrag ble sendt inn til SDMI, brukte en professor ved universitetet i Princeton konkurransen som et undervisningsprosjekt, og i stedet for å sende inn resultatene til konkurransen, skrev de en vitenskapelig artikkel om funnene.¹⁴⁸ Professoren, Edward Felten, ønsket å presentere artikkelen, og redegjøre for funnene under det årlige arrangementet "Information Hiding Workshop" i 2001, men trakk seg da SDMI truet ham med anmeldelse.¹⁴⁹ Dette utløste høylytte protester i vitenskapelige kretser, så vel som beskyldninger om forsøk på å kneble legitim forskning.¹⁵⁰ Etter selv å ha truet blant annet SDMI med søksmål fikk Felten imidlertid presentere resultatene sine på et annet arrangement.¹⁵¹ Siden har omgåelsesforbudet i DMCA fått et unntak for forskning i kryptografi.¹⁵²

Et annet tilfelle det er verdt å nevne er saken mot russiske Dmitri Skljarov og ElcomSoft. Skljarov studerte kryptografi og jobbet som programmerer for selskapet ElcomSoft hvor han utviklet programmet "Advanced eBook Processor". Med dette programmet var det mulig å lese og utnytte blant annet PDF-dokumenter, uten begrensningene av et eventuelt beskyttelsessystem de måtte være utstyrt med.¹⁵³ Selskapet bak PDF-formatet, Adobe Systems, anså dette som en ulovlig omgåelse av deres beskyttelsessystem, under DMCA § 1201, og anmeldte ham. Skljarov ble følgelig arrestert av amerikansk politi da han var i

¹⁴⁶ Gillespie (2007), kapittel 5.

¹⁴⁷ Ibid, side 152.

¹⁴⁸ Ibid, side 153.

¹⁴⁹ Lee (2006), side 19.

¹⁵⁰ Gillespie (2007), side 153.

¹⁵¹ Lee (2006), side 19.

¹⁵² 17 USCS § 1201(g)

¹⁵³ Lee (2006), side 19.

USA for å holde et foredrag om svakheter ved beskyttelsessystemer for e-bøker.¹⁵⁴ Igjen ble dette oppfattet som et forsøk på å kneble vitenskapen, og Adobe trakk søksmålet mens den amerikanske påtalemyndigheten fortsatte saken på eget initiativ. Påtalen mot Skljarrow ble til slutt trukket, mot at han sa seg enig i å vitne i saken mot EcomSoft, som påtalemyndigheten nå rettet oppmerksomheten mot.¹⁵⁵ Det interessante i Skljarrow-tilfellet er ikke det vitenskapelige i seg selv – han ble påtalt for Advanced eBook Processors omgåelsesfunksjoner, og ikke for innholdet i foredraget – men at han ble pågrepet for å ha forbrutt seg mot amerikansk lov utenfor amerikansk territorium.¹⁵⁶ Dette har ført til en stor skepsis blant kryptologer, som ikke ønsker å uttale seg om eller publisere forskning om spesifikke DRM-implementasjoner i tilfelle slike uttalelser skulle virke inkriminerende etter amerikansk lov.¹⁵⁷

Dette blir selvfølgelig svært perifert i forhold til det norske omgåelsesforbudet, med sitt eksplisitte unntak for kryptologisk forskning, men det gir en anelse av hvor alvorlige konsekvensene av et omgåelsesforbud kan bli. Usikkerhet omkring rettstilstanden i seg selv kan ha en uheldig innvirkning på forskningen. Ta for eksempel forarbeidenes forutsetning om et strengt krav om tilknytning til kryptologien; kan det ikke tenkes at det også, i hvert fall i beslektede vitenskaper, som for eksempel informatikken, kunne oppstå situasjoner hvor omgåelse av et teknisk beskyttelsessystem ville være gunstig? Det er betenkelig at kravet ikke er knyttet opp i mot generell legitim forskning, heller enn kryptografien spesifikt.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Russisk lov hadde ikke noe tilsvarende omgåelsesforbud.

¹⁵⁷ Lee (2007), side 20.

5 Avslutning.

The question of copyright, Sir, like most questions of civil prudence, is neither black nor white, but grey. The system of copyright has great advantages and great disadvantages; and it is our business to ascertain what these are, and then to make an arrangement under which the advantages may be as far as possible secured, and the disadvantages as far as possible excluded.

- Thomas Babington Macaulay,
Tale i det britiske Underhuset, 1841

DRM-teknologien har kanskje sitt å tilby når det gjelder å opprettholde opphavsrettsbalansen, men den er i så fall et tveegget sverd: På den ene siden tilbyr den opphavsmannen en mulighet til ytterligere å sikre sine lovfestede rettigheter. På den andre siden innebærer den en fristelse, for den samme opphavsmannen til å begrense tilgangen til sitt verk ut over det loven gir ham rett til, for selgeren til å ytterligere styrke sin stilling overfor forbrukeren og for forretningsmannen til å presse konkurrenter ut av markedet.

Nå vil nok den alvorligste missbruken av slik teknologi uansett stride mot gjeldende lovgivning på det aktuelle rettsområdet – for eksempel har det i teorien blitt foreslått at et særdeles begrensende beskyttelsessystem kan utgjøre et urimelig avtalevilkår,¹⁵⁸ og det er nok ikke utenkelig at domstolene vil måtte ta stilling til spennende spørsmål om bruk av DRM-teknologi i fremtiden. Hva gjelder opphavsrettens område er det allerede visse

¹⁵⁸ Rieber-Mohn (2006)b, side 333-334.

lovfestede begrensninger i hvor langt et beskyttelsessystem kan gå i å begrense publikums utnyttelse av verket, innført med de samme lovendringene som brakte omgåelsesforbudet.

Med en teknologi med så store utforskede muligheter som DRM-teknologien, bør man vokte seg mot å begrense seg til en så kortfattet og ensidig regulering som EUCD fordrer til. EUCD er selvfølgelig ment, som det fremkommer av navnet, å ha et opphavsrettslig fokus, men på et nasjonalt plan kan man ikke tillate seg kun å forholde seg til de opphavsrettslige sidene. På dette punktet har lovgiver stått overfor et dilemma: Unntakene og begrensningene i omgåelsesforbudet, slik det fremkommer i åndsverkloven, samt uttalelser i forarbeidene viser at lovgiver også er oppmerksom på DRM-teknologiens mindre konstruktive sider, og har ønsket å begrense virkningen av disse. På den andre siden har våre EØS-rettslige forpliktelser lagt lovgiver under et tidspress og begrenset dennes handlingsfrihet i forhold til innhold. Innsatsen for å harmonisere omgåelsesforbudet med eksisterende norsk og nordisk åndsverkslovgivning har bidratt til å komplisere prosessen ytterligere.

De resulterende lovendringene har da også blitt et yndet mål for juridisk problematisering. Svarene på spørsmålene ”Utgjør endringene i åndsverkloven en tilstrekkelig implementering av EUCD?” og ”Er implementeringen av EUCD tilstrekkelig harmonisert med eksisterende norsk og nordisk åndsverkslovgivning?” kan nok i begge tilfeller like fort bli bekreftende som avkreftende, avhengig av hvordan både loven og direktivet tolkes. Også her vil kommende rettspraksis holde nøkkelen, og vil forhåpentligvis kunne tilby en klargjøring, blant annet av hva som egentlig ligger i kravet om effektivitet og unntaket for relevant avspillingsutstyr.

Når det gjelder potensielle negative bivirkninger av DRM-systemers styrkede posisjon dramatiserer nok denne avhandlingen noe. Dersom vi i fremtiden skulle se utbredt misbruk av DRM-teknologi, vil det nok raskt følges opp av ytterligere lovregulering. Skulle slike problemstillinger komme til rettssalen uten at slik lovgivning er kommet på banen, har nok

domstolene uansett mye å arbeide med i nåværende lovgivning også – det må nok tenkes et noe spesielt tilfelle hvor bruk DRM-teknologi ville legitimere en ellers lovstridig atferd.

Man kan undre seg over bestemmelsens hensiktsmessighet utover å oppfylle Norges internasjonale forpliktelser. Hvis det overordnede målet med teknologien og lovendringene er å bekjempe ulovlig fildeling, tilbyr omgåelsesforbudet lite nytt ut over den beskyttelse loven allerede tilbyr opphavsmenn. Det den tilfører norsk rett er kriminalisering av en arbitrær handling som kan være et ledd i veien enten til en forbrytelse, eller til andre handlinger som tidligere var tilgodesett publikum ved lov. Forbudet mot fremstilling og formidling kan sende et viktig signal, men her er det i så fall viktig å være varsom så ikke forskningen og konkurransefriheten rammes.

Det er ikke til å komme fra at Internett utgjør en stor utfordring for den tradisjonelle opphavsretten. For å opprettholde opphavsrettsbalansen er det nødvendig både med rettslige nyvinninger, og også nytenkning i hvordan åndsverk rent praktisk utformes, produseres og tilgjengeliggjøres. For å overvinne denne utfordringen er det ikke tilstrekkelig å tilføye gjeldende åndsverkslovgivning en håndfull bestemmelser; den fordrer en bredere juridisk reform, som er like balansert og dynamisk som tradisjonell opphavsrett, og lovgiver gir i forarbeidene uttrykk for å være klar over denne utfordringen.¹⁵⁹ Det ville være naivt å belage seg på at informasjonsteknologien stagnerer på dagens nivå – se bare på den raske utviklingen de siste ti årene! – og det vil derfor være mye å vinne på å ikke la seg lure til å fokusere på konkrete teknologiske løsninger, slik vi kjenner dem i dag, men heller se på de underliggende, og tidløse, juridiske konfliktene.

¹⁵⁹ Ot. prp. nr. 46 (2004 – 2005), side 10.

6 Litteraturliste.

6.1 Litteratur.

Gillespie, Tarleton *Wired Shut: Copyright and the shape of digital culture*. London, 2007.

Hirose, Michitaka (red.) *Human-Computer Interaction - Interact'01*. Ios Pr Inc, 2001.

Knoph, Ragnar *Åndsretten*, Oslo 1936.

Lilleholt, Kåre (red.) *Knophs oversikt over Norges rett*. 12 utg. Oslo, 2004.

Wagle, Anders Mediaas og Magnus Ødegaard jr. *Opphavsrett i en digital verden*. Oslo, 1997.

6.2 Artikler.

Bing, Jon *Endringer i åndsverkloven*. I: Lov&Data nr. 83, 2005, S. 4-6.

Rieber-Mohn, Thomas [b] *Kravet til opphavsrettslig relevans som en "grunnsten" i det norske forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer*. I: Nordiskt immateriellt rättsskydd Årg. 75 (2006) S. 321-335.

6.3 Nettdokumenter.

Bangeman, Eric *"Analog hole" legislation introduced*, desember 2005.

<http://arstechnica.com/news.ars/post/20051218-5797.html> [sitert 23. mars 2008]

Brev fra forbrukerombudet til iTunes av 30. mai 2006.

http://www.forbrukerombudet.no/asset/2406/1/2406_1.pdf [sitert 20. mars 2008]

Jobs, Steve *Thoughts on music*. februar 2007.

<http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/> [sitert 8. april 2008]

Lee, Timothy B. *Circumventing Competition: The Perverse Consequences of the Digital Millennium Copyright Act*. 21. mars 2006.

<http://www.cato.org/pubs/pas/pa564.pdf> [sitert 15. mars 2008]

Macaulay, Thomas Babington *Copyright Law*, London 5. februar 1841.

http://en.wikisource.org/wiki/Copyright_Law_%28Macaulay%29 [sitert 5. april 2008]

McLeod, Kembrew *MP3s Are Killing Home Taping: The Rise of Internet Distribution and Its Challenge to the Major Label Music Monopoly*. 1. oktober 2005.

<http://www.informaworld.com/smpp/ftinterface~content=a723922901~fulltext=713240930>
[sitert 29. mars 2008]

Rieber-Mohn, Thomas [a] *Arbeidsnotat 20/06: Rettsvern mot omgåelse av DRM-teknologi – en trussel mot opphavsretten?* Bergen, februar 2006.

http://bora.nhh.no:8080/bitstream/2330/590/1/A20_06.pdf [sitert 23. januar 2008]

Välimäki, Mikko *Keep on hacking: a Finnish court says technological measures are no longer “effective” when circumventing applications are widely available on the Internet*. 2007.

<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script%2Ded/vol4-2/valimaki.pdf> [sitert 18. april 2008]

6.4 Norske lover.

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.

1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2.

6.5 Utenlandske lover.

Digital Millennium Copyright Act An Act To amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes. [USA]

6.6 Traktater

Bernkovensjonen Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886.

WTC WIPO-traktat om opphavsrett, Genève 1996

WPPT WIPO-traktat om framføringer og fonogrammer, Genève 1996

6.7 EU-Dirketiver

EP/Rdir 2001/29/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet.

6.8 Dommer

RG-2004-414 (Borgating)

6.9 Utenlandske dommer

R 07/1004 (Finland)

6.10 Forarbeider

Ot.prp.nr.46 (2004-2005). Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Inst.O.nr.103 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.